



POLITI HØGSKOLEN

GRÅSONER...

SKILLELINJER I FORSVARETS SIKKERHETSAVDELING
SIN POLISIÆR VIRKSOMHET



Bjørn-André Hansen

MASTER I POLITIVITENSKAP 2012



Innhold

Gråsoner... skillelinjer i forsvarets sikkerhetsavdeling sin polisier virksomhet	1
1. Presentasjon av oppgaven.....	7
1.1. Bakgrunn og motivasjon for oppgaven.....	7
1.2. Tematikk og problemstilling.....	8
Avgrensning og begreper	9
1.3. Innhold og struktur.....	10
2. Politivitenskap – Teoretisk grunnlag.....	11
2.1. Hva er polisier virksomhet	11
2.2. Hva omfattes av begrepet «politivitenskap»	12
2.3. Nåværende og tidligere forskning på temaet	14
Militarisering av politiet	14
Økte politioppgaver for militære styrker	16
Oppsummering	19
2.4. Vurdering av tematikkens relevans for politivitenskap.....	20
3. Metode	21
3.1. Hva er kjernen i den rettsdogmatisk metode	21
3.2. Metodekritikk.....	23
Er rettsvitenskap og dens metoder en reell vitenskap?.....	23
Hva kjennetegner god forskning?	24
Hva er vitenskap? En kort refleksjon.....	25
Nærhet til hermeneutisk metode og samfunnsvitenskapelig fag	26
3.3. Forskningsdesign	27
Forskningstype.....	27
Vurderte men forkastet metodikk	27
Metodikk i oppgaven.....	28
3.4. Skråblikk på forskningsetikk.....	29
Forsker innenfor eget fagfelt.....	29
Taushetsplikt.....	30
Forhold rundt informant og intervjuobjekt.....	30
4. Forsvarets sikkerhetsavdeling	31
4.1. Hva omfattes av begrepet forebyggende sikkerhetstjeneste?	31
4.2. Hva innebærer begrepet mil.ke?	32
4.3. Rettshistorisk skråblikk på FSA hjemmelsgrunnlag	34
Egne refleksjoner over rettsutviklingen	36
4.4. FSA hjemmelsgrunnlag - utgangspunkt	38
4.5. Hjemmelsgrunnlag relevant oppgavens problemstilling	40

Organisatorisk hjemmelsgrunnlag	40
Kompetanse til personell i FSA	44
4.6. Geografiske virkeområde.....	45
Om geografisk virkeområde for mil.ke aktiviteter	46
4.7. Hvem vokter vokterne?	48
5. Grunnloven og konvensjonsforpliktelser	49
5.1. Innledende refleksjoner.....	49
5.2. Om tolkningen av grunnlovsbestemmelser	50
5.3. Sikringsprinsippet.....	51
5.4. Legalitetsprinsippet	52
Introduksjon	52
Utdrag fra forarbeidene	54
Betydning for FSA utøvelse av politisær virksomhet.....	55
5.5. Personvern og respekt for privatlivets fred	57
Introduksjon	57
Utdrag fra forarbeidene	58
Betydning for FSA politisær virksomhet.....	60
6. Etterforskning	63
6.1. Innledning:	63
6.2. Horisontale grense - grunnlaget for etterforskning jf. strpl. §224, første ledd:	66
Sannsynlighet.....	67
Saklighet	68
Påtalemyndighet på stående fot – bruk av opportunitetsprinsippet rundt strpl. §224	69
Fortsettelse av en etterforskning jf. strpl. §224	71
Domstolsprøving av «rimelig grunn» jf. strpl. §224.....	71
Relevans for FSA sin politisære virksomhet.....	72
6.3. Den vertikale grense - etterforskningsformålet etter strpl. §226, 1.ledd	74
Formålsbetraktning.....	74
Avgrensning mot andre formål.....	79
Grunnkrav, kvalitet og uavhengighet i etterforskningen	86
Relevans for FSA sin politisære virksomhet.....	91
7. Forvaltning.....	100
7.1. Hjemmelsgrunnlag	100
7.2. Om forvaltningens beslutningsgrunnlag.....	101
Saklighet	102
Forholdsmessighet.....	103
Objektivitet.....	104

Domstolsprøving.....	105
7.3. Polisiær virksomhet i forvaltningssporet.....	106
Komparativ studie.....	107
Rettstilstand før og under en etterforskning.....	108
7.4. Relevans for FSA sin polisiære virksomhet.....	110
8. Analyse.....	115
Hva er mil.ke?.....	115
Modeller.....	116
Vurdering.....	121
9. Avsluttende del.....	122
9.1. Oppsummering.....	122
Funn fra teori.....	123
Oppgavens tema og hovedspørsmål.....	124
Andre problemstillinger oppgaven svarer på.....	126
Litteraturliste.....	130

En takk til ...

En foreleser på PHS som skal forbli navnløs postulerte at rekkefølgen i takkeskrivet kunne si mye om hva en egentlig mente om noen. Så til de som ikke er nevnt her ved navn, tilgi meg og så skværer vi opp senere over et glass med noe godt i ...

Til mine nærmeste, takk for supertålmodighet og støtte gjennom utdanningen ved PHS

Til min veileder Generaladvokat Lars Morten Bjørkholt, takk for å ta utfordringen på strak arm og løse meg og oppgaven i havn over 3 hektiske måneder.

Til mine kolleger og sjefer på jobb, takk for stor fleksibilitet og støtte i å skrive denne oppgaven. Samt å ha stor tålmodighet at jeg skulle bli ferdig.

Til mine klassekamerater på PHS kull 2012 – tusen takk dere er supre!

Til Nina og Helen, takk for utrolig stor tålmodighet og anledning å fullføre masteroppgaven.

Til kvinnene i mitt liv: Camilla, Caroline, Christine, Karoline, Hanne Therese og Synnøve.

Og til deres brødre: A.J., Stig, Mads og Svein Erik.

Tusen takk til meget kyndige jurister som jeg har plaget vette av under det som samtidig har vært en juridisk dannelsesreise

Til Alexander, Karl Yngve, Terje, Erling, Anette, Ragnhild, Wilhelm, for kritiske blikk og innspill

Til Terje, Geir Åge, Jørn Thomas, Jon Olav – tusen takk for å ha gitt meg anledning samtidig med dette prosjektet å få en unik mulighet med å få oversette LoG

Til Rune

Takk for å ha holdt meg selskap på PHS og ja endelig skal boken din leveres tilbake ...

Til Børge

Du er den tøffeste jeg vet om!

Du har vist mot og åpenhet til tross for motgang, og du har inspirerte meg til å bli ferdig.

SAMMENDRAG:

Oppgaven har som formål belyse hvor grensene går mellom det som benevnes som «forvaltningssporet» og «etterforskningssporet» for den polisiære virksomheten som Forsvarets sikkerhetsavdeling (FSA) utøver gjennom sin militære kontraetterretning (mil.ke) og tilsvarende aktiviteter. Oppgaven benytter en rettsdogmatisk metode basert på rettskilder og andre dokumenter som er offentlig tilgjengelige. Hvor gevinsten ved å velge denne løsning fremfor en normal kvalitativ studie. Var å belyse et sjeldent omtalt rettsområde til en form for polisiær virksomhet med flere grenseflater opp mot politiets og Politiets sikkerhetstjeneste.

Ved å ha et bredt spekter av roller og hjemmelsgrunnlag vil det være en utfordring hvordan på best mulig måte og med et tilstrekkelig forvaltningsrettslig hjemmelsgrunnlag kunne løse de pålagte oppdrag, samtidig som en oppfyller en rekke forpliktelser og vernebestemmelser offentlige myndigheter har ovenfor den enkelte. Hvor går så grensen i FSA sin offentlige myndighetsutøvelse mellom et forvaltningsspør og et etterforskningsspor?

Ut fra de tilgjengelige kilder vil dette primært avgjøres ut fra en løpende vurdering av formålet bak FSA sin mil.ke og lignende virksomhet, og hvorvidt de kan tjene formålene nevnt i strpl. §226, 1.ledd. Som avgjør hvor grensen går mellom forvaltningssporet og etterforskningssporet. Disse formålene ikke kun er begrenset til handlinger som er straffbare jf. straffeloven, dette omfatter enhver straffebestemmelse (eks. sikkerhetsloven §31) og disiplinærregler for ansatte i det offentlige slik som refselse (jf. disiplinærloven) eller ordensstraff (jf. tjenestemannsloven §14).

Alternativt dersom vurdering av formålet ikke gir et nødvendig klart svar, kan det stilles kontrollspørsmål til hva er hensikten med virksomheten som utføres. Hvor grensen mellom forvaltningssporet og etterforskningssporet er i de tilfeller en kan svare «JA» til hvorvidt omstendighetene rundt en hendelse gir «rimelig grunn» til å undersøke om det foreligger straffbart forhold (jf. strpl. §224, 1.ledd). Hvor «rimelig grunn» vurdere ut fra faktorer slik som «sannsynlighet, proporsjonalitet (forholdsmessighet) og saklighet»

Som en konsekvens av grunnlovsrevisjonen i 2014, og ringvirkningen av sikringsprinsippet jf. GrL. §92, er det et økt fokus at offentlige myndigheter sikrer den enkeltes rettsikkerhet ivaretas og forebygge krenkelser av konvensjonsforpliktelser i sin daglige myndighetsutøvelse. Slike forhold og hvilken betydning de har for FSA polisiære virksomhet blir belyst gjennom oppgaven.

Oppgaven vil i tillegg angi betraktninger Hva er det saklige og geografiske virkeområde til FSA og i hvilken grad påvirker bruk av inngripende metoder konklusjonen hvorvidt den nedre grense for Straffeprosessloven §226 er passert.

1. PRESENTASJON AV OPPGAVEN

1.1. Bakgrunn og motivasjon for oppgaven

Når jeg forteller andre at jeg jobber med fagfeltet forebyggende sikkerhetstjeneste og stopper der, blir jeg som ofte møtt med mange antakelser om hva er det jeg «virkelig» holder på med. Noen ser for seg «James Bond», mens andre forestiller seg samfunnet i George Orwell sin bok «1984» hvor en på daglig basis utfører vilkårlig og ulovlig overvåkning. De fleste blir også skuffet når jeg forteller litt mer for av og til er ikke virkeligheten så spennende som fantasien vil ha det til. I over ti år har jeg tjenestegjort ved Forsvarets sikkerhetsavdeling (forkortet: FSA). I denne periode har jeg sett en endring av holdninger og rammene for utøvelsen av politisære virksomheten ved avdelingen.¹ Fra da begrep som «notoritet», «legalitet» og «rettsikkerhet» kun fremkom i lovverket og strategiske dokumenter. Til at de har blitt kjerneverdier og en integrert del av den daglige virksomheten.

Tradisjonelt så har utøvelsen av den internt sikkerhetstjeneste i Forsvaret vært preget av hemmelighold (Synstnes, 2015, pp. 360-361). Mange vil hevde at hemmelighold er en styrke da den hindrer en motpart å få kunnskap om hvilke metoder og mottiltak som sikkerhetstjenesten benyttes f. eks til å identifisere sikkerhetstruende virksomhet slik som spionasje, sabotasje og terrorisme (jf. "Sikkerhetsloven," 1998 §3, pkt 2 til 5). At det finnes forhold som må av ulike hensyn holdes hemmelig for uvedkommende er forståelig for de fleste. Det er når hemmeligholdet blir ukritisk eller overdrevet, at det byr det på visse utfordringer. Den største svakheten ved hemmelighold er at den negativt påvirker den storsamfunnets oppfattelse ved legitimiteten og legaliteten i ens daglige arbeid. Videre er det til hinder for innovasjon og organisatorisk suksess, da kunnskapsdeling, ikke i like stor grad er mulig, som i mer åpne organisasjoner (Filstad, 2010, p. 111). Videre blir unødvendig hemmelighold ofte en drivkraft for konspirasjonsteorier og andre antakelser uten rot i virkeligheten.

Dersom man ser til politiet og Politihøgskolen (PHS) forskning på politivitenskap, fremheves følgende fordel ved forskning og kunnskapsdeling «...et *kritisk forskerblikk på politiets virksomhet, organisasjon og metoder skal gi et konstruktivt bidrag til å heve kvaliteten på politiets arbeid.*» (Politihøgskolen, 2015, p. 5).

¹ Definisjon av politisær virksomhet: «... en spesiell form for sekundær kontroll med hovedformål å opprettholde orden og sikkerhet i samfunnet. Dette kan skje på mange måter, men vanligvis ved at det ved avvik fra det ønskelige benyttes eller trues med en form for makt og sanksjonering.» (jf. Larsson & Gundhus, 2007, p. 18)

Når den etat med hovedansvaret for politioppgaver og samfunnets mest inngripende midler ovenfor den enkelte, selv anerkjenner behovet for å heve kvalitet i sitt virke gjennom forskning. Er det naivt å tro at det ikke samme gjelder for FSA.

Med dette som bakgrunn ble min motivasjon for å skrive denne oppgaven, et ønske om å skape mer åpenhet rundt rettskildebilde for FSA sitt hjemmelsgrunnlag for å utøve polisiær virksomhet. Som kan tjene som grunnlag for en mer nyansert og balansert debatt rundt polisiær virksomhet i Forsvaret.

1.2. Tematikk og problemstilling

Oppgavens tittel reflekterer tematikken for oppgaven som er FSA dualistiske side ved polisiær virksomhet. På den ene siden tilhører FSA nasjonens mest ekstreme maktmiddel for å oppnå sine politiske mål (jf. Von Clausewitz, Howard, Howard, & Paret, 1976). På den andre som en del av Forsvaret og som en offentlig myndighet er FSA en som del av det større bilde, gjenstand for kontinuerlige debatt og utredninger hvorvidt og i hvilken grad militære styrker har nødvendig lovhjemmel og legitimitet til å gripe inn overfor statens borgere. Siden 90-tallet har vært gjort en betydelig innsats og arbeid med å definere grenseganger for de militære styrker, og legaliteten for når og hvordan Forsvaret kan yte bistand til politiet. Til tross for dette så eksisterer det enda gråsoner og rettslige spørsmål som bør avklares. Dette for å sikre balansen mellom ivaretagelsen av nasjonale sikkerhetsinteresser og rettsvernet til den enkelte.

Tematikken og problemstilling for denne oppgave er

“FSA Polisiær virksomhet, med særskilt blikk på grensene mellom offentlig myndighetsutøvelse i forvaltningssporet og etterforskning”

Jeg velger å rette fokus på fagfeltet militær kontraetterretning (mil.ke), som er den form for polisiær virksomhet utøvet av FSA som både er proaktivt og har den største grenseflate opp mot etterforskning jf. Straffeprosessloven kapittel 18.

Oppgavens problemstilling skal i tillegg kunne besvare følgende underspørsmål;

1) Hva er det saklige og geografiske virkeområde til FSA?

2) I hvilken grad påvirker bruk av inngripende metoder konklusjonen hvorvidt den nedre grense for Straffeprosessloven §226 er passert?

Avgrensning og begreper

For denne oppgave er det nødvendig å gjøre enkelte avgrensninger. jeg vil fokusere på rettstilstanden slik det er innenfor landets grenser.

Når en omtaler «**forvaltningsspør**» menes et offentlig organ sin myndighetsutøvelse ut fra forvaltningsrettslige bestemmelser og/eller organisatorisk myndighet/fullmakter av et ovenfor statens borgere. Samt handlinger som faller inn under begrepet «alminnelig handlefrihet» og ikke er integritetskrenkende av natur.

Oppgaven vil ikke omtale rettslige spørsmål som er relevante for rettstilstanden etter at en væpnet konflikt har brutt ut i Norge. En væpnet konflikt utgjør et paradigmeskifte i rettsbildet. I fredstid har vi et velregulert samfunn og rettstat, mens i væpnet konflikt vil dette ikke være mulig da krigs- og beredskapslovgivning vil tre i kraft, og det er adgang til å fravike enkelte menneskerettigheter jf. Artikkel 15, 1ste ledd i den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK). Disse juridiske utfordringer er gjenstand for en egen oppgave.

Oppgaven vil heller ikke ta for seg forhold som skal undersøkes av en undersøkelseskommissjon, dette er regulert i en egen forskrift.² Oppgaven vil heller ikke ta for seg forhold som omfattes av hjemmelsgrunnlaget til kystvakten eller grensevakten på den norsk-russiske grense hjemmel i Politiloven (1995) §20 4. og 5.ledd.

Videre vil oppgaven ikke ta for seg juridiske problemstillinger som faller inn under fagfelt slik som personellsikkerhet, informasjonssikkerhet, objektsikkerhet eller sikkerhetsgraderte anskaffelser (Jf. lov om forebyggende sikkerhetstjenester kap.3-7 og 9, samt de korresponderende forskrifter).

Oppgaven vil ikke drøfte Grl. §101, 3.ledd – forbudet mot bruk av militær makt mot sivile. Selv om dette er et interessant tema, har ikke noen direkte relevans for problemstillingen fokus som er grensegangen mellom forvaltningssporet og etterforskningssporet.

² Jf. Regler om tiltak og undersøkelser m.v. ved ulykker og hendelser i Forsvaret, 6. januar 1995 nr. 18.), som etter planen skal avløses av en egen lov fra den tid kongen bestemmer (Lov om undersøkelser av ulykker og hendelser i Forsvaret, 16. desember 2016 nr.92).

1.3. Innhold og struktur

Oppgaven er forankret i både politivitenskap og rettsvitenskap. Med en slik forankring må strukturen i oppgaven reflektere både kravene Politihøgskolen har til vitenskapelige tekster og krav til god forskningsmetodikk innenfor rettsvitenskapen. For denne oppgaven har en valgt den rettsdogmatisk forskningsmetode. Oppgavens er strukturert og bygget opp på følgende måte

I innledningen blir leseren blir presentert for bakgrunnen for oppgaven, tematikk og problemstilling, avgrensninger og struktur (kapittel 1). Deretter følger en methodedel som tar for seg politivitenskap og relevant tidligere forskning (kapittel 2). Oppgaven gjør så et metodisk dypdykk i den rettsdogmatiske metode. Her vil det forklares valg rundt vitenskapsteoretisk ståsted, forskningsdesign, metodiske utfordringer, kildekritikk og forskningsetiske refleksjoner (kapittel 3).

Siden oppgaven omhandler en relativt ukjente avdeling i Forsvaret er det nødvendig å starte med å se nærmere på enkelte deler ved FSA hjemmelsgrunnlag for utøvelse av polisiær virksomhet (kapittel 4). Deretter gjøres det et blikk inn visse grunnlovsbestemmelser og betydningen de får for FSA sin polisiære virksomhet. (kapittel 5). Etter dette vil det gjøres et nytt dypdykk ned i juridiske forhold rundt etterforskning, forebygging, etterretning og forvaltningsrett (kapittel 6 og 7). I kapittel 9-8 presenteres analysen og konklusjoner rundt hovedproblemstilling og evt. underspørsmål, samt en oppsummering.

Mot slutten av oppgaven finner man litteraturliste og rettslister, iht PHS krav er kildereferanser og litteraturliste formatert etter APA standard.

2. POLITIVITENSKAP – TEORETISK GRUNNLAG

Oppgavens forankring er i de faglige tradisjoner og fokusområder til politihøgskolen (PHS). Av den grunn er det nødvendig å gjøre seg kjente med selve faget, sentrale begreper og problemstillinger som debatteres innenfor dette vitenskapsmiljø, samt gi et kritisk blikk på oppgavens tematikk og problemstillingen sin relevans opp mot kjernen i politivitenskapen. Dette skal heve forståelse for skillet mellom politiet og Forsvaret, og hva man fra politivitenskapen har pekt på er både fordeler og ulemper ved en økning i politioppgaver for Forsvaret, samt hvilke strategier rundt videre samarbeid som er mulig. Funn presentert i dette kapittelet vil senere bli trukket inn i de avsluttende analyser og vurderinger i denne oppgave.

2.1. Hva er polisiær virksomhet

Hva gjør politiet egentlig? Avstanden mellom myte og realitet er ofte stor. Innenfor politiforskningen er begrepet «policing», oversatt til norsk med «polisiær virksomhet» (H. O. Gundhus, Larsson, & Myhrer, 2007, p. 17), sentralt for en vitenskapelig tilnærming til hvordan en kan forklare politiets virksomhet.

Innenfor politiforskningen er en mer klassisk tilnærming hva «polisiær virksomhet» det som Robert Reiner definerer i sin bok fra 2000 «The politics of the police» (Reiner) å «sikre orden og samfunnsmessig sikkerhet opprettholdes gjennom overvåkning (supervision) og ved å true med sanksjoner». (H. O. Gundhus et al., 2007, p. 17). Ulempen ved denne definisjon er at den ikke tar høyde for bruk av forebyggende arbeid, noe som de fleste nordiske forskere viser enighet om er kontraproduktivt da forebyggende arbeid grunnleggende hensikt er å opprettholde samfunnets sikkerhet og orden før det uønskede har skjedd (jf. H. O. Gundhus et al., 2007, pp. 17-18).

For denne oppgaven velger jeg å legge til grunn følgende definisjon av Professor Paul Larsson ved PHS hvordan begrepet «polisiær virksomhet» skal forstås: «*Polisiær virksomhet er en spesiell form for sekundær kontroll med hovedformål å opprettholde orden og sikkerhet i samfunnet. Dette kan skje på mange måter, men vanligvis ved at det ved avvik fra det ønskelige benyttes eller trues med en form for makt og sanksjonering.*» (jf. Larsson & Gundhus, 2007, p. 18).³

Selv om Larssons definisjon er basert på Reiner (Larsson & Gundhus, 2007, p. 18), så foretrekkes denne definisjon siden den ikke ekskluderer forebyggende arbeid.

³ Sekundær kontroll: Begrepet stammer fra kriminologien Nils Christies bok «Hvor tett er et samfunn» (Christie, 1982), hvor primærkontroll er den sosiale kontrollen gjennom det daglige samvær (ansikt-til-ansikt relasjonene), mens sekundærkontroll utføres av de utenfor det daglige samværet, slik som en offentlig myndighet.

2.2. Hva omfattes av begrepet «politivitenskap»

Gjennom min studietid ved PHS har det pågått en kontinuerlig modningsprosess for å forstå hva begrepet «politivitenskap» omfatter. En opplever at det ikke er to klare streker under svaret på dette spørsmålet. Internt i akademia er flere synspunkter for hva som omfattes av begrepet «politivitenskap» og hvorvidt dette skal tolkes bredt eller smalt (jf. H. I. Gundhus, Hellesø-Knutsen, & Wathne, 2010, p. 7).

I essayet fra 2010 «Politivitenskap på egne ben» (H. I. Gundhus et al., 2010) vises det eksempel både på en bred fortolkning som hentes fra CEPOL sin definisjon av politivitenskap fra 2007:^{4,5} *“Police Science is the scientific study of the police as an institution and of policing as a process. As an applied discipline, it combines methods and subjects of other neighbouring disciplines within the field of policing. It includes all of what the police do and all aspects from outside that have an impact on policing and public order. (Bjørge et al., 2007, pp. 23-24)»* (kf. H. I. Gundhus et al., 2010, p. 9). Samtidig vises det eksempel på en smalere fortolkning ved Geir Aas (Førsteamanuensis ved PHS) sin definisjon av politivitenskap som *«studier av politiets praksis og deres refleksjoner over egen yrkesutøvelse»* (jf. H. I. Gundhus et al., 2010, p. 160).

Aas taler for å fokusere forskningen og forståelsen av politivitenskap snevert og kun mot politiet som institusjon. Konsekvensen av et slikt singulært fokus er at forskning på andre institusjoner som utøver polisiær virksomhet (eksempelvis Tollvesenet, Kriminalomsorgen, Forsvaret) faller utenfor.

I likhet med Grundhus et al. er jeg enig at debatten om hva som inngår i politivitenskapsfeltet, må være åpen fremfor lukket (jf. H. I. Gundhus et al., 2010, p. 13) og at faglig dissens og kontinuerlig diskurs er en styrke som kan skape et større handlingsrom for politiforskningen (jf. H. I. Gundhus et al., 2010, p. 19). definisjonen fra s.19 i boken *Innføring i politivitenskap: «Politivitenskap er det vitenskapelige studiet av politiet og andre som utøver polisiær virksomhet, hvem de er, deres oppgaver og deres samfunnsrolle, hva de gjør og effektene av dette.»* (Larsson, Gundhus, & Granér, 2014, p. 19)

⁴ CEPOL er forkortelse for: «European Union Agency for Law Enforcement Training»

⁵ CEPOL sin nettside: <https://www.cepol.europa.eu/>

Fordelen med CEPOLs definisjon er at denne skaper rom for forskningskreativitet, samtidig som det finnes en avgrensing i at det som det forskes på må ha en klar relevans til begrepet «polisiær virksomhet». På denne måten skapes det en «middelvei» (jf. H. I. Gundhus et al., 2010, p. 12) mellom den brede og smale fortolkning, og forhindrer at fagfeltet blir så bredt at det omfatter alt og alle av problemstillinger og forskningstemaer. Derimot er det en klar fellesnevner innenfor forskningsmiljøet er at politivitenskap må fremheves som en selvstendig vitenskapsdisiplin, men dette er ikke til hinder for at man kan låne teorier og forskningsmetoder for å kvalitetssikre resultater og gi nødvendig troverdighet slik at forskningen kan stå på egne ben.

For denne oppgave vurderer jeg at Gottschalk og Løv Hansen (2011) angir den den beste forklaring hva er de vesentligste kjennetegn ved politivitenskap, der de beskriver at *«Politivitenskap er en profesjonsvitenskap under oppbygning, den befinner seg i skjæringspunktet mellom politiets utvikling som profesjon og samfunnsvitenskapelige basisdisipliner som jus, kriminologi, sosiologi, psykologi, statsvitenskap, økonomi og organisasjon.»* (jf. Gottschalk & Løv Hansen, 2011, p. 19).

Selv om jeg forsker på en organisasjon utenfor Politiet er kjernen av min problemstilling i aller høyeste grad relevant for og felles med Politiets virksomhet og politiforskning, siden oppgaven omtaler utfordringer og gråsoner i det juridiske landskap, nemlig hvorvidt man operer i et forvaltningsspor eller om man har krysset den nedre grense for formålet med en etterforskning jf. Strpl. §226.

Til støtte for denne vurdering ser vi at det tradisjonelle syn på «hvem» som utfører polisiær virksomhet i nyere tid har blitt utfordret av både samfunns- og rettsutvikling. F. eks i privat sektor ser man polisiær virksomhet og tjenester gjennom vektertjenester (jf. Larsson et al., 2014, p. 257). I det offentlige ser man klart at flere andre myndigheter f. eks Toll og Skatteetaten, Vegvesenet har fått økte tilsyns- og kontrollfunksjoner og kan sies å ha blitt en del av «den utvidede politifamilie» (jf. Jason-Lloyd, 2003) og utøver til daglig polisiær virksomhet ovenfor statens borgere, til og med etterforskning av straffbare handlinger (Larsson et al., 2014, p. 257). Når flere og flere offentlige myndigheter inngår i den «utvidede politifamilie», blir det et relevant tema innenfor politivitenskapforskningen å forske på deres utøvelse av polisiær virksomhet, og de felles utfordringer som eksisterer på tvers av etater.

2.3. Nåværende og tidligere forskning på temaet

Tidligere politiforskning har primært vært fokusert på skillelinjene mellom politiet og de militære styrker ved ivaretagelse av den interne samfunnssikkerhet. Det er også gjort funn som omhandler juridiske problemstillinger rundt militære styrkers sin maktanvendelse.

For denne oppgaven politivitenskapelig del har en tatt utgangspunkt i tidligere funn rundt skillelinjeproblematikken presentert i «Blurring Military and Police roles» (Easton, Den Boer, Janssens, Vander Beken, & Moelker, 2010) og funn i pensum fra masteroppgaven i politivitenskapstudiet ved PHS. For å få en helhetlig forståelse av utfordringene er det nødvendig å omtale skillelinjeproblematikken ved både militarisering, og av politiet og økte politioppgaver for militære styrker.

Militarisering av politiet

Denne skillelinjeproblematikken kan ses ut fra to perspektiver. Den første er historiske studier om utviklingen av det moderne politiet, den andre er et virksamhets perspektiv rundt de utfordringer som oppstår ved økt militarisering av politiet.

Historisk perspektiv:

I det historiske perspektivet kan skillelinjene mellom det sivile og det militære maktapparat ses i kontekst av fremveksten av politiet som den statlige institusjon som skulle å ivareta den interne samfunnssikkerhet. Fremveksten av det moderne politi en konsekvens av blant annet overgangen fra et jordbrukssamfunn til et industrisamfunn, hvor det oppstod et sterkere behov for å ivareta samfunnssikkerheten ved hjelp av både preventive og reaktive metoder som de militære styrker ikke kunne stå for (Allan Silver - «The demand for order in civil society» -Newburn, 2005, pp. 12-13). Samtidig var fremveksten av det moderne politi også en politisk motreaksjon på datidens uklare skillelinjer mellom sivile institusjoner og militære styrkers bruk av makt ovenfor befolkningen (Easton et al., 2010, p. 12).

Fødselen av det moderne politi medførte ikke et klart skille, men ble heller starten på to adskilte måter for å organisere polititjeneste på. Den ene følger den britiske tradisjon om en ren sivil institusjon for å ivareta ro og orden i samfunnet. Den andre stammer fra Frankrike, hvor en intern politistyrke i de militære styrker fikk både et utvidet ansvarsområde og allmenne politioppgaver (Easton et al., 2010, p. 12) (Larsson et al., 2014, pp. 44-45).⁶ I Norge har organiseringen av polititjenesten fulgt det britiske mønsteret fra midten av 1800-tallet. Dette

⁶ Omtales også som den Napolitanske arv

skillet kan ses i dag i formålsparagrafen i dagens Politilov (1995) §1, første ledd, som fastslår at «*Staten skal sørge for den polititjeneste som samfunnet har behov for. Polititjenesten utføres av politi- og lensmannsetaten*», og støtter opp under det tradisjonelle synet at «*politiet er og skal være den sentrale*» institusjon som utfører polisier virksomhet. (Larsson & Gundhus, 2007, p. 12). En ytterligere forankring av dette synet har videre fått utslag i blant annet GrL. §101, 3.ledd.⁷

Virksomhets perspektiv:

Økt militarisering av politiet har flere sider ved seg, som spenner i fra påvirkning fra militære organisasjoner og kultur, den andre er hvordan demilitarisere og sikre demokratisk kontroll av politiet. (Easton et al., 2010).

Den første er hvordan militære organisasjoner og kultur påvirker samfunnet herunder politiet (eks: likhet i organisering, taktikk, metode eller terminologier) og at det brukes som argument øke effektivitet og evne til samhandling for å kunne møte nye kriminalitetsutfordringer. Dette blir særlig aktuelt ved synligheten av større terrorhandlinger, grenseoverskridende narkotikahandel, og organisert og annen alvorlig kriminalitet (Easton et al., 2010, p. 13).

Bruken av krigsretorikk/militære begreper i kriminalitetsbekjempelsen som oppstod under President Nixon («war on drugs») på 1970-tallet og økte utøver 1980-tallet (Newburn, 2005, pp. 787-788 - artikkelforfatter Oberst C.J.Dunlap). I Norge er denne problematikken f. eks tatt opp innenfor arbeidet rundt å forebygge og motvirke terrorisme, hvor forskerne Jan Oskar Enge og Iselin Nordenhaug belyser 3 sentrale utfordringen ved det de kaller «krigsmodellen» (Nordenhaug & Engene, 2008, p. 43), hvor mottiltak og strategier ovenfor terrorisme militariseres.⁸

De negative ringvirkninger av krigsmodellen jf. Nordenhaug & Enge er:

- *svekkelse av rettstatens i fredstid, da rettsregler for væpnet konflikt anvendes*
- *svekkelse av politiet og den lokale kunnskap de sitter på, da en fjerner seg fra den nærhet til publikum som politiet har i sin daglige jobb*
- *svekkelse av grunnlaget for et nødvendig rettsoppgjør, da terrorisme blir ansett som en krigshandling og ikke blir behandlet som en kriminell handling* (Nordenhaug & Engene, 2008, pp. 43-44)

⁷ Norge er ikke alene om en slik kodifisering av forbud mot bruk av militære styrker mot sivilbefolkningen, i opphavlandet (USA) for termene «war on drugs» og «war on terror» kan her nevnes føderal lovgivning «Posse Comitatus Act (1878)» som forbyr om bruk av militære styrker til politiformål.

⁸ Herunder ved å bruke begreper slik som «krigen mot terrorisme».

Det bemerkes at ved en komparativt blikk til USA blir de samme utfordringene også belyst av Oberst C.J Dunlaps artikkel «The thick green line», som også bemerker at uansett hvor alvorlig en kriminell handling er, er det ikke alvorligheten av handlingen som ene og alene bestemmer om de som utfører handlingen blir en trussel mot nasjonale sikkerhetsinteresser, fremfor å bare være simple kriminelle (Newburn, 2005, p. 792).

Den andre siden er hvordan kan man både demilitarisere og sikre mer demokratisk kontroll over politiet i en rettsstat. Sentralt i denne debatten er valg av strategier og modeller for hvordan de utføre politioppgaven på. Det skilles her mellom den tradisjonelle modell som hviler på statens maktmonopol, den moderne modell som tvinger frem mer åpne kontrollformer for å sikre politiet legitimitet og den post-moderne modell som vektlegger økt bruk av teknologi (Easton et al., 2010, pp. 15-18). I norsk perspektiv kan vi se denne problemstilling i debatten rundt den tradisjonelle tilnærming til politioppgavene med fokus på å drive rettshåndhevelse og avskrekke nye lovbrudd (Larsson et al., 2014, pp. 180-181), bruk av forebyggende strategier slik som f.eks. lokalorientert politiarbeidet, nulltoleranse og beroligende politiarbeid (Larsson et al., 2014, pp. 187-192), samt implementering av konseptet og utviklingen av et kunnskapsstyrt politi (Larsson et al., 2014, p. 16) (Politidirektoratet, 2008, p. 22).

Økte politioppgaver for militære styrker

Fordeler

For de militære styrker sin del er forskning rundt skillelinjer mellom politi og militære styrker ofte fokusert på effekten ved en økning i muligheten og metoden for å løse ulike politioppgaver (Easton et al., 2010, pp. 20-21).⁹ Vi finner her forskning allerede fra 1960 tallet utført av Morris Janowitz på de strategier som den britiske hær brukte for å håndtere opprør i de daværende og sine tidligere kolonier (Janowitz, 1960). Hvor Janowitz viser til at ved en økning i de militære sin kompetanse til å utøve politimyndighet gav en merverdi i økt evne til å løse utfordringer i hele spekteret fra krigføring til rutinemessige politioppdrag i fred. Dette er evner som kan brukes i en rettsstat så vel som i konfliktområder når en skal bygge opp sivil infrastruktur og myndigheter. (Easton et al., 2010, pp. 20-21).

⁹ Dette fenomenet omtales på engelsk som «Constabularisation» (Easton et al., 2010, pp. 20-21) (kf. Janowitz, 1960, p. 418)

Det sentrale spørsmålet er i hvilken grad de militære styrker skal være integrert i et samfunn, hvordan styres det og kontrolleres for å ha legitimitet. Janowitz forsvaret det syn at militære styrker må være tett integrert for å få legitimitet for sine handlinger («konvergensmodellen»), kontra tidligere teorier som fremmet at de militære skulle både være separert fra samfunnet og være et strengt apolitisk organ og med apolitiske styringslinjer («separasjonsmodellen») (Easton et al., 2010, p. 21) (kf.Huntington, 1957).

Nærmere vår egen tid peker forskere på at skillelinjene mellom politiet og de militære styrkene blir visket ut og man får en økt forventning til de militære om å beskytte offentlige interesser fordi:

- kriminaliteten øker tvers av landegrenser øker
- økt krav til samhandling på tvers av etater for å møte ikke-militære trusler mot samfunnet
- økt krav om effektivitet og bruk av ressurser ved at politiet ved større hendelser og katastrofer skal kunne trekke på administrative og logistiske ressurser tå tvers av etater og kommandolinjer

(Easton et al., 2010, p. 22- pkt.2.2.2)

Ulemper

Den største bekymring rundt uklare skillelinjene for de militære styrker er faren for ringvirkninger ved uklarheter rundt ens profesjonsidentitet og utfordringer ved bruk av tvangs-/maktmidler.

Eksempler på slike ringvirkninger er at politiidentiteten utfordrer den forventede krigerkultur den militær profesjon (Newburn, 2005, p. 791). Hvor politiroller fort kan bli ansett som sekundæroppgaver fremfor «en militær oppgave» (Easton et al., 2010, p. 24) (jf. Janowitz, 1960, p. 419). Denne problemstilling kjenner vi igjen fra politiforskningen rundt hva er politiets yrkeskultur og hva som omfattes som «ordentlig politiarbeid» (Larsson et al., 2014, Kap.5 av Rolf Granér).

Yrkeskultur preger også synet på de grupper mennesker en jobber opp mot, hvor kriminelle blir av militære sett på som «fiender» og av politiet som «borgere» som har begått en kriminell handling (Newburn, 2005, p. 791). Den mest aktuelle faren her er at eksisterende yrkeskultur kombinert med manglende kompetanse skaper en kognitiv dissonans i hvordan en person skal løse ens oppgave og opptre proporsjonalt (Easton et al., 2010, p. 25). Det er her naturlig å se til ordtaket

«Hvis du kun har en hammer som verktøy, vil alle dine problemer se ut som en spiker» for å beskrive hvordan valg av løsninger kan bli.¹⁰

Enkelte fremhever at skillelinjeproblematikken blir gjeldene ved å forlate spesialiseringsprinsippet i utdanning til de militære styrke og svekke nasjonal beredskap (Newburn, 2005, pp. 790-791). Andre hevder at det er mulig å oppnå en «super-identitet» hvor kriger og politimann blir fusjonert til ett, noe som er relevant for militære styrker som er fredsbevarende styrker. (Easton et al., 2010, p. 25) (kf. Adler & Britt, 2003- artikkel av V. Francke).

Denne slutning ser vi igjen i Norge hvor militæres bruk av våpen ovenfor sivile er omdiskutert. En av aspektene ved denne debatten er f.eks. behovet for et nødvendig utdanningsløp og kompetanse for militært personell i maktanvendelse (Spurkeland, 2013) og problemstillingen rundt kraften i de militære våpen. Som påpekt av PHS selv i 2013 «*Mange av Forsvarets standardvåpen er kraftigere enn politiets standardvåpen, selv om de er av samme type, for eksempel enhånds eller tohåndsvåpen. Andre våpen igjen, er tyngre og kraftigere enn noen av de våpentyper som er godkjent for bruk i politiet.*» (T. G. Myhrer, 2013).

¹⁰ Videre påpekes utfordringene ved at militære styrker ofte ikke har de samme verktøy som politiet for å løse tradisjonelle politioppaver. Ved bortfall av adgang til å bruke virkemidler slik som f. eks batong, skjold, CS-gass, vil de kun ha skarpe våpen og ammunisjon for å løse et oppdrag eller utøve makt med, hvor da faren er at maktbruken vil bli uforholdsmessig (Easton et al., 2010, p. 25).

Oppsummering

Forskningen på skillelinjer mellom politiet og de militære styrker har primært fokusert på det sentrale spørsmålet om hvilke valg man vil ta for å enten tydeliggjøre grenser, være pragmatisk eller gjøre en full integrasjon.

Det pekes her på de tre mulige strategier: Seperasjon, samarbeid eller fusjon.

Valget man tar vil uansett kreve både kritisk forskerblikk, samt en åpen og ærlig debatt om fordeler og ulemper, samt fremtidige konsekvenser. (Easton et al., 2010, p. 25) En separasjonslinje viderefører det tradisjonelle syn at etatene skal være separate og har hver sin konkrete rolle.

Samarbeidslinjen gir åpning for at man kan trekke av hverandres styrker, men svakheten er at dette krever en mer helhetlig tilnærming og kompetanseløft hos begge parter, samt veldefinerte styringslinjer og grenser.

Fusjonslinjen, hvor politi og militære styrker blir ett, kan gi et fleksibelt og dynamisk totalkonsept for ivaretagelsen av samfunnssikkerhet. Utfordringen her er at dette innebærer en omorganisering av politietaten, og skillelinjene mellom politirolle og en krigersrolle blir mer uklar og man kan få organisering av mer større innenriksdepartementer som gir ekko til totalitære stater slik som det tidligere Øst-Tyskland.

Det skal også bemerkes at en ser en mer pragmatisk tilnærming forskning fra europeisk litteratur i dette spørsmålet enn i amerikansk litteratur. Mens det på europeisk side fremheves at debatten må fremme og gi de beste løsninger for verdier slik som personvern, åpenhet i det offentlige og demokratiske kontroll (Easton et al., 2010, p. 12), advares det på det sterkeste at det er nødvendig å opprettholdes strenge skillelinjer mellom politi og de militære styrker for å sikre demokratisk kontroll og ivaretagelse av den enkeltes rettsikkerhet (Newburn, 2005, p. 793). Dette kan forklares med at det i USA er en strengere praktisering og syn på maktfordelingsfordelingsprinsippet da parlamentarismen ikke fikk samme gjennombrudd der som i Europa, hvor politiet er desentralisert og er under kontroll/representerer av den lovgivende makt, mens de militære styrker er sentralisert og representerer den utøvende makt. (Newburn, 2005, p. 795).

2.4. Vurdering av tematikkens relevans for politivitenskap

Forskning (Larsson et al., 2014) viser at omfanget rundt «hvem» som utfører polisiær virksomhet ikke lengre kan kun tolkes å være kun politiet. En studie på aktører innenfor «den utvidede politifamilie» i det offentlige vil være til nytte for politiet for å bedre samarbeid på tvers av det offentlige. Fra et forskningsfaglig ståsted vil en slik bred tilnærming kunne bringe nye og kritiske blikk på etablert kunnskap, være grunnlag for ytterligere diskurs og øke tilgangen til informasjon om samarbeidene etater. En ytterligere merverdi forskning på denne tematikk vil gi økt forståelse rundt skillelinjeproblematikken for militære som opererer i gråsoner opp mot politioppgaver. Selv om det er enkelte studier på dette fra utlandet, vil denne oppgave være innovativ da den omtaler problemstillingen fra et norsk perspektiv.

Relevant for den politifaglige skillelinjeproblematikk er de rettsvitenskapelige spørsmål rundt deler av FSAs rolle innen militær kontraetterretning. For FSA sin del har overgangen fra uregulert til en mer regulert virksomhet medført at det oppstår behov for å avklare både juridiske utfordringer ved militær virksomhet som er inngripende ovenfor den enkelte. Dette for både å sikre balansen mellom ivaretagelsen av nasjonale sikkerhetsinteresser og rettsvernet til den enkelte, samt tilføre ny kunnskap og skape forståelse om et rettsområde som er ukjent for de fleste. Som organisasjon vil FSA kunne trekke ut en merverdi av en slik forskning, ved å benytte funn til å heve kvaliteten på sin virksomhet og i større grad bli anerkjent som en profesjonell og legitim utøver av polisiær virksomhet.

3. METODE

En av de store utfordringer på veien frem til ferdigstillingen av oppgaven, var hvordan man på en best mulig måte kunne fremstille funn både fra politiforskning og fra rettsvitenskap som er både systematisk, metodisk og etterprøvbar. Etter flere runder og utkast falt valget ned på den rettsdogmatisk metode fra rettsvitenskapen. I dette kapittelet skal en både redegjøre for kjernen i metoden, belyse debatten den bruk av begrepet vitenskap og vise hvilke metodiske valg og vurderinger jeg har gjort underveis i arbeidet med oppgaven. Dette for å gi lesere en mulighet til å bedre forstå hva som var mine perspektiver mens oppgaven ble skrevet, og hvilke hensyn jeg tok underveis for å sikre oppgaven en god metodisk forankring. Samt vise åpenhet om de forskningsetiske refleksjoner som er gjort.

3.1. Hva er kjernen i den rettsdogmatisk metode

«Men occasionally stumble over the truth, but most of them pick themselves up and hurry off as if nothing had happened» - Winston Churchill.¹¹

Sitatet fra Churchill skal minne oss om at vi kan godt snuble over noe som er vesentlig for oppgaven, men man kan være blind for dens verdi da ens metodiske grunnlag og forståelse er for svakt, slik at en ukritisk går videre.

For denne oppgaven har en valgt å lene seg på forskningen til dr.juris Synne S. Mæhle ved Universitetet i Bergen, og dr.juris Hans Petter Graver ved Universitetet i Oslo, for å få en klarere forståelse av hva kjernen i den rettsdogmatiske metode er.

Når en i denne oppgave omtaler «rettsdogmatisk metode», så menes en fremgangsmåte for å gi en systematisk fremstilling av gjeldende rettsregler og komme med løsningsforslag til aktuelle og potensielle rettslige problemer (Mæhle, 2004, p. 329). Fremgangsmåten deler flere kjennetegn, struktur og metoderegler som brukes av rettsanvendere f.eks. ved domstolene eller eksamensoppgaver ved de juridiske fakultet.¹² Og den kan ikke fravike det som er utgangspunktet for en rettslig argumentasjon; nemlig en rasjonell tolkningsprosess som resulterer i etterprøvbare argumenter (Mæhle, 2004, p. 334).

¹¹ ("You have enemies? Good. by Winston Churchill," 2017)

¹² Graver omtaler metoden til bruk av konkrete rettsvister som «rettsanvendelsens metode» (jf.Graver, 2008b, pkt 2.1.1).

Når denne metode har flere likheter med andre former for rettsvitenskapelige metoder, hvorfor skal man da ikke utlede at det er en og samme metode? Forskjellen mellom rettsanvendelse og rettsdogmatikk er at sistnevnte ikke skal løse en konkret tvist, men å teste og analysere hvorvidt problemstillinger og løsninger på disse er holdbare opp mot etablerte praksis og teori, samt om dette kan være grunnlaget for ny kunnskap eller videre forskning (Mæhle, 2004, p. 329) (jf. Graver, 2008b, pkt 2.2.2 og pkt 5).

Mæhle fremhever at det finnes tre særtrekk ved bruk av den rettsdogmatisk metode.

Den første er *diskursiv innsikt*, med dette menes en forståelse at det finnes verdimeslige premisser når en argumenterer som danner spenningsfelt mellom ulike interesser. For rettsdogmatikken må denne innsikten være verdimesligforankret i rettstatens idealer, samtidig skal argumentasjonen evne både å være overordnet, gå dypere og gi mer utfyllende svar enn det en konkret og avgrenset rettsspørsmål krever (Mæhle, 2004, p. 336).¹³ Det andre særtrekk er et *diskursivt ansvar*, som innebærer en mer omfattende balanseringsprosess og analyse av de funn og argumenter som presenteres og at disse vil tåle den kritikk de blir utsatt for (Mæhle, 2004, pp. 336-339). Det siste er *diskursårvåkenhet* som innebærer et forskeransvar om å stille spørsmål ved en problemstilling på en åpen og rasjonell metode (Mæhle, 2004, pp. 339-341).

I tillegg til disse særtrekk, skal en være bevist på og ha en klar formening hvem er mottakere/lesere av denne oppgaven.

For denne oppgaven er det naturlig å følge tankegangen formulert av Graver, om at formålet i en juridisk tekst kommer til uttrykk i hvilken sjanger det skrives i f.eks. lovsjanger, domssjanger, prosedyresjanger og akademisk avhandlingssjanger (Graver, 2008b, pkt 2.1).¹⁴ Graver viser til at rettsdogmatisk metode både er en disiplin og en sjanger i rettsvitenskapen slik som f.eks. retts sosiologi, rettshistorie og rettsteori. Sentralt for rettsdogmatikk er at det har et rettsanalytisk aspekt ved seg (jf. Graver, 2008b, pkt 2.1.1).

¹³ Rettstatens idealer: «modell der rettens legitimitet forstås som uttrykk for en balanse mellom tre fundamentale rettsstatsverdier: hensynet til demokratisk legitimitet, forutberegnelighet og hensynet til rettferdighet og rimelighet» (Mæhle, 2015, p. 146)

¹⁴ «Sjangerbegrepet er utviklet for å analysere forskjellige litterære arter, men kan også brukes for å analysere kommunikasjonshendelser allment. En sjanger kan defineres som et sett av kommunikasjonshendelser som har samme formål, som godkjennes av kyndige medlemmer av kommunikasjonsfelleskapet og som dermed utgjør sjangerens rasjonale». (Graver, 2008b)

3.2. Metodekritikk

Er rettsvitenskap og dens metoder en reell vitenskap?

Hadde grunnlaget for denne oppgave vært samfunnsvitenskapelige metode, ville dra fordel av at disse metoder er velutprøvd og anvendes i flere fag (Grønmo, 2004, p. 45) og det ville være lite omtvistet at oppgaven var basert på anerkjent vitenskapsteoretisk plattform.

Det er lett for mange å kalle den rettsvitenskapelige metode for «vanlig juridisk metode», men ikke bare er det et ufullstendig begrep, det også forsterker og fremmer uklarheter rundt metodologien i rettsvitenskapen. Graver gir følgende uttrykker for denne problemstillingen: *«Fremstillinger av juridisk metode gjør som regel heller ikke noe skille i forhold til om målgruppen er juridiske praktikere eller juridiske forskere. Mange går med andre ord ut fra en forestilling om at det ikke er særlig forskjell mellom metoden til den juridiske forskeren og den juridiske praktikerens.»* (Graver, 2008b).

Denne potensielle uklarheten har gitt grobunn for diskusjoner innenfor academia hvorvidt rettsvitenskap er faktisk en vitenskap. Innenfor de juridiske kretser kan det her nevnes både «bergensskolen» (Lars Finholt, 2007) som ut fra et rettsfilosofisk perspektiv stiller spørsmål ved hvorvidt rettsvitenskap kun et uttrykk for et kommunikasjonsfelleskap hvor det fremmes faglig argumentasjon for å overbevise andre (Bernt, 2009).¹⁵ Samt vi har «kritisk juss» bevegelsen, hvor rettsvitenskap ikke blir ansett som en *«...autonom vitenskap som gir anvisning på ett riktig svar, men som en dynamisk størrelse med rom for ulike løsninger»* (Bruce, 2009).

Til tross dette og at f.eks. Bernt omtaler juristers forhold til begrep og krav til forskning og vitenskap som et *«komplisert og traumatisk forhold»* (Bernt, 2009, p. 32), er det flere forhold som taler til fordel for at rettsvitenskap må anses som en felt innenfor vitenskapen.

En starter med det grunnleggende spørsmål hva kjennetegner forskning? Den enkleste måten å forklare forskning er den systematiske søkningen og innovasjon i bruk av metoder for å oppnå ny kunnskap og/eller forståelse (Mæhle, 2015, pp. 126-127).

¹⁵ Begrepet «bergensskolen» utledes fra arbeidet og publikasjoner rundt emnet som oppstod ved juridisk fakultet ved Universitet i Bergen, og har vært preget over lang tid av professorene dr.juris Jan Fridthjof Bernt og dr.juris David Doublet.

Som nevnt tidligere er kjernen til den rettsdogmatiske metode å teste og analysere hvorvidt problemstillinger og løsninger på disse er holdbare opp mot etablerte praksis og teori, samt om dette kan være grunnlag for ny kunnskap eller videre forskning (Mæhle, 2004, p. 329) (jf. Graver, 2008b, pkt 2.2.2 og pkt 5). Det vurderes at grunnkravet til forskning er oppfylt.

Hva kjennetegner god forskning?

Hva er de grunnleggende *verdier* som skal legges til grunn for forskningen? Det finnes her flere forfattere som fremhever hva de mener er de mest relevante verdier innad i rettsvitenskapen, er f.eks. «*selvstendighet, grundighet, helhet, balanse, etterprøvbarhet og kritisk holdning*» (Tande, 2011, p. 18), mens andre som f.eks Mæhle har sammenfattet disse til verdier ned til tre stikkord:

- *soliditet*; ved at basisen for metode og funn er transparent, etterprøvbar og redelig
- *relevans*; problemstillinger det forskes på har en aktualitet og nytte
- *originalitet*; forskningen må utvikle ny kunnskap og forståelse

(Mæhle, 2015- pkt 2.2)

Ved bruk av rettsvitenskapelige metoder skal en være bevist på, at begreper fra de naturvitenskapelige metoder ikke er direkte overførbare.¹⁶ Samtidig er det vanskelig å se at f.eks. Khun i sine tanker om paradigmeskiftet og vitenskapens dynamiske utvikling ville ha avvist enhver mulighet til å anvende slike begreper som relabilitet og validitet inn i forskning dersom det fremmer det beste for ny kunnskap.^{17,18}

Som tidligere nevnt er den rettsdogmatiske metode forankret i en rasjonell tolkningsprosess som resulterer i etterprøvbare argumenter (Mæhle, 2004, p. 334). Samt krav til å opprettholde både *diskursivt ansvar* (Mæhle, 2004, pp. 336-339) og en *diskursårvåkenhet* (Mæhle, 2004, pp. 339-341) for at forskningen skal ha sin nødvendige integritet og at svar som utledes er korrekte, noe som samsvarer til verdien *validitet*.¹⁹ Det er derimot vanskelig å direkte *generalisere* funn ved bruk av rettsdogmatiske metode som løsningen på flere ulike problemstillinger slik det er i

¹⁶ Det bemerkes at enkelte forskere innenfor den kvalitative forskningsmetodikk til og med har avvist eller overser selve spørsmålet om bruk av disse begreper, da de mener dette er et positivistisk uttrykk som er til hinder for en frigjort og kreativ forskning (Kvale & Brinkmann, 2009, p. 249).

¹⁷ En kan her bemerke at de verdier som ligger til grunn for begrepet *Soliditet* er direkte sammenlignbare med de klassiske forskningsverdiene *relabilitet*

¹⁸ «*Reliabilitet er mål på hvorvidt man kan stole på dataene i undersøkelsen*» (Lade, 2016, p. 42)

¹⁹ «*validitet knyttes til studiens sannhet eller styrke, altså hvorvidt funnene og konklusjonene i studien er korrekt utledet fra sine premisser.*» (Lade, 2016, p. 42)

naturvitenskapen.²⁰ Derimot er de funn som gjøres ved hjelp av den rettsdogmatiske metode være overførbare til lignende situasjoner og kan inngå som del av et utvidet eller analogisk tolkningsmoment.

Hva er vitenskap? En kort refleksjon

De juridiske fag er på lik linje som andre etablerte universitetsfag, er preget av sine fagtradisjoner og historiske røtter. Ser en til vitenskapsteorien finnes det flere måter å definere hva er en vitenskap, dette kan gjøres ut fra objektet som studeres (eks: biologi), metoden som anvendes (eks: samfunnsvitenskap) eller det teoretiske grunnlag (eks: teologi). For denne oppgave vektlegges tankene til Thomas Kuhn rundt hva som er en vitenskap og at dette er et kulturelt spørsmål. Kuhn fremhever her hva som er vitenskap må defineres ut fra tanken om eksistensen av et vitenskapssamfunn (scientific community) bestående av *utøvere* («praticioners») som har fordypet seg i og har sin unike dybdekompetanse i spesifikke felt, selv om de deler felles utdanningsbakgrunn og dannelsesprosess med andre utøvere. (Kuhn, 1970, p. 177) (Graver, 1994, pp. 565-566). I likhet med *utøvere* i andre fag slik teologi, medisin eller politivitenskap, har de som normalt fordypet seg i den rettsvitenskapelig metode en utdanningsbakgrunn med normert studietid tilsvarer minimum 5 år hvor det gis blant annet har en felles utdanning innenfor vitenskapsteori (f.eks. ex.phil). Argumentene ovenfor sammenlignet med Kuhns teorier, taler dette for en slutning at rettsvitenskap er en genuin vitenskap og at de faglige metoder som er utledet fra denne holder mål i et vitenskapsteoretisk perspektiv.

²⁰ Generalisering «*universell og gyldig til alle steder og på alle tidspunkt*» (Kvale & Brinkmann, 2009, p. 265)

Nærhet til hermeneutisk metode og samfunnsvitenskapelig fag

Rettsvitenskap og dens metoder har et nært slektskap til den normative siden av vitenskapen, da den går til kjernen om hvorvidt f.eks. å avgjøre hvorvidt en handling som har skjedd er riktig eller galt slik retten er (*de lege lata*), eller å gi anbefalinger om fremtidige rettsregler (*de lege ferenda*). I likhet med andre vitenskaper vil en finne elementer fra deskriptive vitenskaper (Graver, 2011, pp. 236-237).

Ser man dette ut fra bergensskolens forståelse, vil en fort være en deltaker i det en studerer på, enten det være seg verdier, normer, samfunnsrelasjoner og andre menneskeskapte perspektiver, og da kunne bevege seg inn i fenomenologiske og hermeneutiske studier.^{21 22} (Eftestøl-Wilhelmsson, 2006, pp. 88-89) (Graver, 2011, pp. 238-239). For denne oppgave derimot legges det til grunn Graver sitt syn at programmessig tilhørighet for rettsvitenskapen og dens metode er innenfor det normative (Graver, 2011, pp. 240-241) og at hermeneutikk kun er «...*relevant for å forstå betingelser og begrensinger for å etablere sann kunnskap innen feltet*» (Graver, 2011, p. 242). Videre blir det også fremhevet at samfunnsvitenskapelige metoder kan tjene som supplement til rettsvitenskapelig arbeid uten at det går over til å bli et annet fag. (Graver, 1994, pp. 573-574).

Sentralt for Graver sitt syn er at en forsker ikke er en deltaker i selve studien, men heller en deltaker innenfor det juridiske kommunikasjonsfelleskapet sammen med f.eks. dommere og lovgivere (Graver, 2011, p. 242) og hvor aksept for en løsningen på en problemstilling, avhenger gjennom bruk av idealer fra vitenskapssamfunnet og allmenne krav til forskning og forskningsverdier i studien (Eftestøl-Wilhelmsson, 2006, pp. 89-90) (Graver, 2011, pp. 244-245).

²¹ Fenomologiske studier: Søken etter innsikt i hvordan mennesker forstår sine handlinger og hvordan disse meninger fortolkes selvstendig (Grønmo, 2004, p. 372)

²² Hermeneutiske studier: Søken etter innsikt i hvordan mennesker forstår sine handlinger og hvordan disse meninger fortolkes selvstendig ut fra et bredere perspektiv og i lys av sammenhenger. Man ser her på både deler som utgjør helheten og i omvendt tilfelle for å danne seg en for-forståelse og en forståelse i den *hermeneutiske sirkel* (Grønmo, 2004, pp. 373-374). Når denne metode benyttes for å fortolke aktørens egen fortolkning kalles dette *dobbelt hermeneutikk* (Giddens 1984 - henvist til i Grønmo, 2004, p. 374)

3.3. Forskningsdesign

Forskningstype

Før en går i dybde på forskningsdesignen for denne oppgave må et sentralt spørsmål om rettsvitenskap hvilken type forskning den rettsdogmatiske metoden i denne oppgave faller inn under. I OECD sin Frascati manual (NIFU, 2004) fremkommer det at

«Grunnforskning er eksperimentell eller teoretisk virksomhet som primært utføres for å skaffe til veie ny kunnskap om det underliggende grunnlag for fenomener og observerbare fakta, uten sikte på spesiell anvendelse eller bruk. Anvendt forskning er også virksomhet av original karakter som utføres for å skaffe til veie ny kunnskap. Anvendt forskning er imidlertid primært rettet mot bestemte praktiske mål eller anvendelser.» (Graver, 2008b - pkt 2.2.24)

Denne oppgaven er innrettet mot et bestemt praktisk mål og vurderes derfor å falle inn under den anvendte forskningsgren av rettsdogmatikken.

Vurderte men forkastet metodikk

En av det tyngste argumentet for å velge den rettsdogmatisk metode når en forsker på valgt tematikk, er at det sikrer et mest objektivt kildegrunnlag og basis for ens vurderinger.

Bruken av f.eks. et dybdeintervju fra kvalitativ metode ville den ulempe at datagrunnlaget blir farget av intervjuobjektene subjektive persepsjon og faglige forutsetninger. Hadde f.eks. oppgaven derimot omhandlet *«hvordan opplever personell i FSA sitt hjemmelsgrunnlag»*, ville en slik kvalitativ metode eller aksjonsforskning metode vært mer formålstjenlig å bruke.

Metodikk i oppgaven

Ved utformingen av denne oppgave ble følgende metoder benyttet utover det å anvende en rettsdogmatisk metode.

Rettskildelære

Ved bruk av rettsdogmatiske metode er et av hovedpunktene metoden for hvordan finne rett relevant juridisk dokument (relevans), hvordan det tolkes (slutning) og hvordan resultatet av tolkningen (vektning) kan anvendes inn på problemstillingen. For denne oppgaven har det blitt gjort et bevist valg å følge den tradisjonelle rettskildedefaktorlæren til Torstein Eckhoff (Eckhoff, 2001 - 5. utg., ved Jan E. Helgesen) og som utfylles av Erik Boe sin bok «Rettskildelære under debatt» (Boe, 2012).

Valget av Eckhoff og Boe sin litteratur og ståsted ble valgt av hensyn til å sikre nødvendig fremdrift i utviklingen av oppgaven og at det er den hovedretning som er mest kjent både for jurister og ikke-jurister når oppgaven ble skrevet.

Kvalitativ dokumentstudier

For å supplere funn i rettskildefaktorene har det vært gjennomført en kvalitativ innholdsanalyse av tekstdata for å få frem viktige sammenhenger og relevant informasjon (Grønmo, 2004, p. 128) for problemstillingen i oppgaven. Betegnelsen dokument brukes i denne oppgaven på alle faktabaserte tekstkilder som er primærkilder og har en relevans for undersøkelsens problemstilling. Dette omfatter alt av offentlige dokumenter som stortingsmeldinger, Stortinget EOS-utvalg rapporter, forskningsrapporter, NATO dokumenter og organisasjonsinterne rapporter. Dokumentstudiet bidrar her til å utfylle og forklare både sammenhenger, begreper, praksis og hvor/hvordan disse er forankret.

3.4. Skråblikk på forskningsetikk

Rettsvitenskapen er et fag preget av normer og skille mellom rett og galt, er det naturlig at det gjøres både skråblikk og refleksjoner rundt etiske problemstillinger. Dette omfatter forskning på eget fagfelt, taushetsplikt og forholdet til informanter / intervjuobjekter.

Forsker innenfor eget fagfelt

Ved bruk av rettsvitenskapelige metoder må en som forsker plassere seg på utsiden av et fagfelt for å komme frem til de mest objektive fakta. For å gjøre dette må blant annet snu det etiske fokuset mot seg selv som forsker.

Av de utfordringer en har møtt på er forventninger og ønsker fra arbeidsgiver, nåværende og tidligere kolleger herunder hvilke svar oppgaven skal gi og hvilke muligheter den skal gi i å utvide hjemmelsgrunnlaget de mest fremtredende. Det er menneskelig å ha forståelse for deres ønsker, samtidig medfører i rollen som forsker må en forholde seg objektivt, å falle for potensielle fristelser for å styre forskningen i en bestemt retning for å gi et bestemt resultat ville ha svekke oppgavens uavhengighet og verdi.

Den rettsdogmatiske metode forutsetter at en skal søke svar og presentere funn ut fra rettskilder og annen offentlig litteratur som er allment tilgjengelig og fastsatt på et overordnet nivå. Som forsker selv innenfor eget fagfelt har man ikke normativ kompetanse eller annen formell kompetanse (Graver, 2011, p. 242) til å endre et hjemmelsgrunnlag. Kompetansen er innskrenket til å påpeke utfordringer, argumentere for og imot muligheter og gi anbefalinger.

Den reelle mulighet for påvirkning er hvis oppgaven oppfylder kravene til *soliditet* (Mæhle, 2015-pkt 2.2) noe som krever at man løfter blikket og uavhengighet. Dette henger sammen med det *diskursive ansvar* (Mæhle, 2004, pp. 336-339), og erkjennelsen at dersom en ikke forholder seg til disse forutsetninger svekkes egen troverdighet som forsker og at oppgavens funn kan anvendes i videre forskning.

Taushetsplikt

Selv om jeg har for denne oppgave basert meg på et kildegrunnlag som er tilgjengelig for allmennheten, har jeg med bakgrunn i dette fagfeltet kunnskap om forhold som er taushetsbelagt. På et tidlig tidspunkt måtte jeg bestemme hvorvidt en skulle forsøke å benytte kilder som er underlagt taushetsplikt. Jeg har her veid innsikten evt. taushetsbelagt materiale kan gi opp mot kjernen i rettsdogmatiske oppgaver er å løse problemstillinger ut fra kilder som er tilgjengelig for offentligheten. Etter en helhetsvurdering ble det både vurdert som uforholdsmessig for oppgavens omfang å få opphevet taushetsplikt på visse dokumenter. Samt det ville svekke oppgavens soliditet og troverdighet om det ble benyttet taushetsbelagt som ikke var tilgjengelig for offentligheten eller andre forskere.

Forhold rundt informant og intervjuobjekt

Valget av den rettsdogmatiske metode er fordelaktig siden det ikke innebærer bruk av informanter og eller hvor en skal intervju andre hvor det kan fremkomme opplysninger som en som tjenestemann er pliktig å rapportere, og det er ingen grunn til å frykte at kildegrunnlaget er preget av personlige relasjoner. Videre da det ikke behandles noen form for personopplysninger i denne oppgaven er det ingen meldeplikt for denne oppgaven ovenfor personvernombud eller Datatilsynet.

4. FORSVARETS SIKKERHETSAVDELING

Dette kapittelet skal gi leseren en bedre forutsetning å forstå FSA hjemmelsgrunnlag for utøvelse av polisier virksomhet i form av mil.ke eller lignende aktiviteter. Dette gjøres gjennom å se nærmere på sentrale begreper og hjemler som berører kjerneoppdragene til FSA og hvordan de påvirker hverandre. For å ha de nødvendige perspektiver rundt dagens situasjon og hvordan det påvirker oppgavens tematikk og problematikk. Må det gjøres et rettshistorisk tilbakeblikk og gjøre refleksjoner hvorfor utviklingen av lovfestet og ulovfestet regelverk for FSA sin polisier virksomhet ble som det ble. Dette skal gi et bedre utgangspunkt for å forstå enkelte hovedregler rundt forebyggende sikkerhetstjeneste, samt at en ser variasjonen i kompetanse for maktanvendelse og de geografiske avgrensninger for FSA virksomhet, sett opp mot etterforskningsbegrepet. I mangel av integrert påtalemyndighet slik som det er i politiet, må det gjøres en kort drøfting rundt hvilken kontroll det føres med FSA og tjener som uavhengig sikkerhetsmekanisme som påser at den enkeltes rettsvern ikke blir vilkårlig krenket.

4.1. Hva omfattes av begrepet forebyggende sikkerhetstjeneste?

Sikkerhetslovens definisjon av begrepet forebyggende sikkerhetstjeneste er:

«... planlegging, tilrettelegging, gjennomføring og kontroll av forebyggende sikkerhetstiltak som søker å fjerne eller redusere risiko som følge av sikkerhetstruende virksomhet» jf. sikkerhetsloven §3, pkt.1.²³ NATO på sin side definerer forebyggende sikkerhetstjeneste ved ordet «security» som *«The measures necessary to achieve protection against espionage, sabotage, subversion and terrorism, as well as against loss or unauthorized disclosure»* (NATO, 2013).²⁴

Disse definisjoner har visse forskjeller i dybde og i omfang. F.eks: Hvor sikkerhetsloven §3, pkt.1 fremstår som en ren forvaltningsbestemmelse rettet mot et offentlig organ. Er NATO definisjonen mer et uttrykk for den tilstand og nivå av beskyttelse en ønsker å oppnå.

NATO definisjonen ervidere enn den norske definisjonen da den også skal forebygge trusler fra subversjon og brudd på taushetsplikt.²⁵ Fellesnevner derimot er at begge definisjoner søker å oppnå en tilstand der en er sikret mot og kan redusere skadevirkningen fra tilsiktede uønskede hendelser.

²³ Sikkerhetstruende virksomhet omfatter: *«forberedelse til, forsøk på og gjennomføring av spionasje, sabotasje eller terrorhandlinger, samt medvirkning til slik virksomhet»* jf. Sikkerhetsloven §3 pkt.2

²⁴ I avsnittet om «Security» i AAP-6a (NATO, 2013) henviser begrepet videre til: *counterintelligence; countersurveillance; operations security; protective security; security intelligence; subversion; tactical security.»*

²⁵ Subversjon: politisk virkemiddel for å undergrave legitimitet og troverdighet til statsmyndigheter (Nordbø, 2012)

Det bemerkes at Traavik-utvalgets (NOU 2016:19) foreslår å endre definisjonen av «forebyggende sikkerhetstjeneste» i forslaget til ny sikkerhetslov til: *«Tiltak som skal hindre at tilsiktete uønskede hendelser inntreffer, eller som skal redusere konsekvensene av slike dersom de inntreffer»* (jf. Traavik-utvalget, 2016, p. 291). Argumentasjonen i NOU 2016:16 er at dette vil være et mer dynamisk begrep som omfatter et bredere spekter av trusselaktører (eks: statlige, ikke-statlige, organiserte eller enkeltindivider), enn hva nåværende sikkerhetslov §3 pkt. 1 fanger opp.

4.2. Hva innebærer begrepet mil.ke?

Et relevant virkemidlene for den forebyggende sikkerhetstjeneste i Forsvaret, er fagfeltet militær kontraetterretning (mil.ke). Relevansen opp mot forebyggende sikkerhetstjeneste utledes fra at formålet for mil.ke (jf. Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret §2, 3.ledd) samsvarer med både sikkerhetsloven formål (jf. sikkerhetsloven §1, bokstav a.), definisjonen av forebyggende sikkerhetstjeneste (jf. sikkerhetsloven §3 pkt.1) og hvilke trusler som faller inn under begrepet «sikkerhetstruende virksomhet» (jf. sikkerhetsloven §3, pkt.2)

Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret definerer militære kontraetterretning med *«... identifisering og motvirking av sikkerhetstruende virksomhet rettet mot norsk eller utenlandsk militær virksomhet, militære objekter eller militært personell, som nærmere definert i NATOs direktiver om Counter-Intelligence Policy, herunder ACO Directive 65-3, og som normalt ikke ivaretas av Etterretningstjenesten eller militære styrkers etterretningsvirksomhet eller styrkebeskyttelsestiltak»* jf. Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret §2, 3.ledd, Internt i Forsvaret supplementers denne av NATO sin definisjon om «counter-intelligence» som omfatter: *«Those activities which are concerned with identifying and counteracting the threat to security posed by hostile intelligence services or organizations or by individuals engaged in espionage, sabotage, subversion or terrorism.»* (NATO, 2013).

Det som er fellesnevneren ved både norsk og NATO definisjonen av mil.ke er at de er en paraplybeskrivelse for et helt spekter av trusler, at formålet med mil.ke er å identifisere og motvirke disse. Samtidig er det enkelte ulikheter også. Den norske definisjonen er mer presis i hva fokus området til mil.ke er. Derimot må relevansen sees opp mot forebyggende sikkerhet jf. sikkerhetslovens definisjoner utledes ved tolkning og sammenligning. NATO definisjonen er derimot bredere og mer semantisk lik begrepet «security» som ble diskutert i pkt 4.1. Videre om en ser mot NOU 2016:19 sitt forslag på ny definisjon av forebyggende sikkerhet, så kan det ses likheter mellom de to i den generiske beskrivelse av hvem som kan være en trusselaktør.

Videre skal det legges merke til at i begge definisjoner er ordet «etterforskning» / «investigation» utelatt. En naturlig konsekvens ved dette er at det kan utledes at slik utøvende virksomhet ikke er en tradisjonell politioppgave. Videre med utgangspunktet etter norsk rett, kan det utledes at slik virksomhet i utgangspunktet ikke skal tjene som formål ved en etterforskning jf. Strpl. §226. Eller andre former for etterforskningssurrogater som skal omgå denne problemstilling.

Det er også relevant å stille spørsmål hvorvidt enstemmighetsprinsippet i NATO (NATO, 2014), tilsier at vedtatte beslutninger eller godkjente regelverk etter dette prinsippet (som f. eks ACO direktiv 65-3) og andre bestemmelser og direktiver rundt mil.ke fagfeltet.²⁶ Ikke bare gir uttrykk til en forventet minimumsstandard eller forståelse i alliansen, men samtidig utgjør en forpliktelse for NATO land om å harmonisere interne forhold så langt det ikke det kan konstateres motstrid med nasjonal lovgivning? Dette stiller jeg meg tvilende til da samtykke til NATO bestemmelser ikke følger de prosedyrer fastsatt Grl. §115, og ut fra et folkerettslig perspektiv må omtales som «soft law» (jf.Ruud, Ulfstein, & Fauchald, 1997, p. 40).^{27 28}

²⁶ Enstemmighetsprinsippet i NATO: sentralt styringsprinsipp og handlingsregel hvor vedtakelse av bindende beslutninger og regelverk for alliansen krever enstemmig samtykke fra alle medlemsland (NATO, 2014).

²⁷ Enstemmighet oppnås gjennom «silence procedure» mellom medlemslandene som defineres som «A procedure by which concurrence is achieved unless an objection is received by a given date.» (jf.NATO, 2013 - "1-F-2")

²⁸ Siden NATO alliansen er basert på en multilateralavtale fremfor å være en overnasjonal organisasjon slik som EU, med gjennomføringsplikt av rettsakter som Stortinget samtykker til jf. EØS-loven. Vil dette påvirke i hvilken grad NATO dokumenter får en rettslig relevans i norsk rett. Til forskjell til EU regler som er «hard law» Norge kan dømmes i f.eks EFTA domstolen for brudd på, er NATO beslutninger og regelverk «soft law» da det gir uttrykk for politisk vilje og relevans uten å være et tvangsgrunnlag (jf.Ruud et al., 1997, pp. 39-40).

4.3. Rettshistorisk skråblikk på FSA hjemmelsgrunnlag

Eksistensen av en sikkerhetstjeneste i de militære styrker kan spores tilbake til opptakten til andre verdenskrig.²⁹ Under og i etterkant av andre verdenskrig var ansvaret for sikkerhetstjeneste fordelt på ulike avdelinger i Forsvaret, fra 1965 ble etterretning og sikkerhetsfunksjonene i Forsvaret permanent delt og en «*sikkerhetsstab*» utskilt fra Etterretningstjenesten ble opprettet (Synstnes, 2016).

En konsekvens av hemmeligholdet rundt selve fagfeltet sikkerhetstjeneste var at, fra 1945 frem til 1967, var alle sider hjemmelsgrunnlag rundt Forsvarets utøvelse av sikkerhetstjeneste og inngripen i det sivile samfunn sikkerhetsgradert og hemmeligholdt (Synstnes, 2016). I den sivile statsforvaltningen gjaldt hemmeligholdet rundt enkelte deler av hjemmelsgrunnlaget for sikkerhetstjeneste helt frem til 1983 (jf. Stortinget, 1995/1996, p. 747).

Med bakgrunn i påstander om at Politiet og Forsvaret ulovlig overvåket norske borgere fra 1945 til slutten av den kalde krigen (Stortinget, 1995/1996, p. 2), oppnevnte Stortinget Lund-kommisjonen for å granske disse påstandene.³⁰ Som en konsekvens av Lund-kommisjonen sin rapport (Stortinget, 1995/1996) og at Politiets overvåkningstjeneste (dagens PST) og Forsvarets virksomhet inngripen ovenfor sivile borgere og sivile samfunn kun var regulert gjennom forskrifter, var det nødvendig å kodifisere hjemmelsgrunnlaget for de hemmelige tjenester.^{31,32,33}

Lov om Forebyggende Sikkerhetstjeneste (Sikkerhetsloven) ble vedtatt i 1998 men ble ikke satt i kraft (Synstnes, 2016). I samme tidsrom ble også Etterretningsloven og Kap 3a i Politiloven om PST for å regulere deres inngripende virksomhet i formell lov. Selv med vedtakelsen av Sikkerhetsloven og forskrifter stilnet ikke kritikken rundt legaliteten ved Forsvarets inngripen ovenfor sivile borgere og sivile samfunn, da FO/S fremdeles var en intern avdeling i Forsvaret.³⁴

²⁹ Funn gjort ved søk på FSA i norsk senter for samfunnsdata (NSD) database (Forvaltningsdatabasen, 2003a)

³⁰ jf. lov 25. mars 1994 nr 6 om granskingskommisjonen for granskning av påstander om ulovlig overvåking av norske borgere og gi anbefalinger om fremtidige tiltak.

³¹ Jf. Kgl.Res av24 sept. 1965 om ordning av sikkerhetstjeneste i statsforvaltningen og ("Sikkerhetsinstruksen," 1972)

³² (jf.Forsvarsdepartementet, 1997)

³³ De hemmelige tjenester er en fellesbetegnelse på følgende offentlige etater i Norge: Politiets sikkerhetstjeneste, Etterretningstjenesten og Nasjonal sikkerhetsmyndighet (Aukrust, 2014)

³⁴ Dette punktet kan ses i sammenheng med vedtakelsen av menneskerettighetsloven i 1999.

Den politiske løsningen ble en oppdeling av Forsvarets overkommando/sikkerhetsstaben (FO/S), i et sivilt direktorat med det overordnede ansvaret for forebyggende sikkerhetstjeneste og en militær avdeling med fokus på sikkerhetstjeneste i den militære sektor (Synstnes, 2016).

1/1/2003 ble FO/S nedlagt, FSA og Nasjonal Sikkerhetsmyndighet (NSM) ble samtidig opprettet som et sivilt direktorat med den konsekvens at en vesentlig del av hjemmelsgrunnlag for kontroll og tilsynsforvaltning i Sikkerhetsloven ble flyttet ut av Forsvaret. Samme år trådte både sikkerhetsloven og utfyllende forskrifter i kraft som er fundamentet i hjemmelsgrunnlag for begge organisasjoner.^{35,36,37,38}

Fra januar 2002 til april 2010, er det ikke funnet noen dokumenter som viser utvikling i rettskildebilde for FSA hjemmelsgrunnlag ved søk i lovdata, bibsys, universitetenes databaser, eller andre akademiske kilder. Ved et generelt søk på internett fremkommer det en artikkel om at det forelå forslag om et hjemmelsgrunnlag fra en intern arbeidsgruppe i Forsvarsdepartementet (Flydal, 2010) men det har ikke lyktes å få tilgang til dette graderte dokumentet.

Et paradigmeskifte ses i etterkant av det som ble kjent som «FOST-saken» hvor Forsvarsdepartementet i april 2010 fastsatte forskriften «Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret» (NTB, 2010), samme år trådte forskrift om objektsikkerhet i kraft.³⁹ Fra dette punkt fikk FSA et eget rettsgrunnlag som er offentlig tilgjengelig.

1 oktober 2015 ble ny straffelov (2005) satt i kraft, samtidig ble en av hjørnesteinene i hjemmelsgrunnlaget til utøvelse av forebyggende sikkerhetstjeneste i Forsvaret ved lov om forsvarshemmeligheter fra 1914 opphevet. I forkant av opphevelsen av forsvarshemmelighetsloven ble det fremmet flere bekymringer om sårbarheter og adgang til effektiv rettshåndhevelse.⁴⁰ Samt de synlige endringer i det sikkerhetspolitiske bildet f.eks.

³⁵ Eks: Forskrift om personellsikkerhet, Forskrift om sikkerhetsadministrasjon, Forskrift om informasjonssikkerhet og Forskrift om sikkerhetsgraderte anskaffelser.

³⁶ For en mer omfattende beskrivelse av historikken til sikkerhetstjeneste se boken «Den innerste sirkel» av Hans Morten Synstnes (Synstnes, 2016)

³⁷ NSM er et sivilt direktorat administrativt underlagt Forsvarsdepartement (Forvaltningsdatabasen, 2003b)

³⁸ Jf. del 1 pkt. 2 i Kronprinsregenten resolusjon av 4.juli 2003 om Fordeling av ansvar for sikkerhetstjenesten fikk Forsvarsdepartement ansvaret for forebyggende sikkerhetstjeneste i den militære sektor og ansvaret for ivaretagelsen av dette falt på den militære arvtaker etter FO/S

³⁹ «FOST-saken» omhandlet påstander om ulovlig overvåkning, straffesaken som ble opprettet mot Forsvaret ble henlagt da det ikke ble bevist noen straffbare forhold (Mæland, 2009; statsadvokatembedet, 2009; Wikipedia, 2016a)

⁴⁰ Begrepet «sårbarhet» kan ha tre betydninger:

- Systemisk: *manglende evne for et system til å fungere og oppnå sine mål når det utsettes for påkjenninger.* (Fridheim & Hagen, 2007)
- Organisatorisk: *manglende organisatoriske evner for å omstille seg for å identifisere eller motvirke trusler eller å systematisk forebygge disse.*

Russlands invasjon av Ukraina i 2014 ble det påbegynt et arbeid med å erstatte 1914 loven som skulle oppheves (Forsvarsdepartementet, 2015). Samme dag som lov om forsvarshemmeligheter ble opphevet trådte «*Midlertidig lov om beskyttelse av og kontroll med geografisk informasjon av hensyn til rikets sikkerhet (2015)*» i kraft. Denne midlertidig lov vil bli erstattet fra 1 oktober 2017 med permanent lovgivning.⁴¹ Det er videre forventet at Traavikutvalget sin innstilling (Traavikutvalget, 2016) behandles av Stortinget ila høsten 2017 og ny sikkerhetslov vil være på plass da.

Egne refleksjoner over rettsutviklingen

Det fremstår som en gjennomgangstone i perioden frem til sikkerhetsloven ble vedtatt, var hjemmelsgrunnlaget for forebyggende sikkerhetstjeneste, enten ble utledet av en subsumsjon at virksomheten var hjemlet ut fra Forsvarets oppdrag om suverenitetshevdelse og at instruksjonsmyndigheten var tilstrekkelig dekkende da sikkerhetstjeneste var noe «staten gjorde» kun internt i egen organisasjon (Synstnes, 2016).

Samtidig kan det ikke utelukkes at i utøvelsen av sikkerhetstjeneste i perioden frem til 1998, kan ha vært basert på en antakelse om et sedvanerettslig «generalfullmakt» på samme måte som politiet ble ansette å ha frem til vedtakelsen av politiloven i 1995.⁴²

Det at hjemmelsgrunnlag ikke har blitt kodifisert før nyere tid er heller ikke noe særnorsk fenomen. Ser man på dette i et komparativt perspektiv ovenfor andre NATO og EU land, så ble hjemmelsgrunnlaget for f.eks. Sikkerhetstjenesten «MI5» i Storbritannia forankret i *Security Service Act 1989* og oppdatert gjennom *Investigatory Powers Bill 2016*. Mens i Danmark ble ikke lovhjemmelen til Forsvarets Efterretningstjeneste (FE) vedtatt før 2013, jf. *lov nr. 602 om Forsvarets Efterretningstjeneste af 12. juni 2013 (FE-loven)*. Utenfor NATO er det naturlig å gjøre en sammenligning med Sverige, her lovhjemlene for den Militära underrättelse och säkerhetstjänst (MUST) blit hjemlet gjennom *lagen om försvarsunderrättelsetjänst (2000:130)* med tilhørende forskrifter og senere tilleggslovgivning. Som f.eks *Lagen (2007:258) om behandling av personuppgifter i Försvarsmaktens försvarsunderrättelseverksamhet och militära säkerhetstjänst*

-
- Personellmessige: mangler eller svakheter ved egenskaper slik som lojalitet, pålitelighet eller sunne dømmekraften til den enkelte i forhold til forventet norm.

⁴¹ (jf. Prop. 116 L (2016-2017) Lov om informasjon om bestemt angitte områder, skjermingsverdige objekter og bunnforhold, 2017) og Lov om informasjon om bestemt angitte områder, skjermingsverdige objekter og bunnforhold kunngjort i lovdata 21/06/17

⁴² Brattholm formulerte at en sedvanerettslig generalfullmakt anvendelse var: «...på områder som ikke er lovregulert eller på lovregulerte områder hvor lovgiveren åpenbart har forsømt å gi uttømmende regler. I sistnevnte tilfelle vil man for øvrig ofte kunne etablere den nødvendige lovhjemmel ved utvidende eller analogisk anvendelse av de regler man har.» (jf. Brattholm, 1972, p. 14)

Utviklingen i lovhjemlene til de hemmelige tjenester og at organisasjonene har blitt omorganisert flere ganger både for å styrke den enkeltes rettsvern og for å møte fremtidens utfordringer. Dette må ses i lys av enkeltepisoder som f. eks terrorhandlingene 11.sept.01 og 22.juli.11 og nyhetssaker slik som «IMSI-catcher/Falsk basestasjon saken» (Johansen, 2014). Betydningen av en større geopolitisk endring gjennom eks invasjon av Ukraina i 2014 kan heller ikke ses vekk ifra. Dette kan både enkeltvis og i sum ha vært katalysatorer for en økt forventning om at andre offentlige etater skal ha den nødvendige kapasitet til å kunne selvstendig identifisere sikkerhetstruende virksomhet på flere felt (NSM, 2015, p. 3), samt ha evne og vilje til å samarbeide med andre offentlige etater (22.juli-utvalget, 2012, pp. 16, 453-454). Samtidig med økt krav om evne til egenbeskyttelse og samarbeid på tvers av sektorer i det offentlige, finnes det et ubetinget krav at effektivisering og økt samarbeid ikke svekker den enkeltes rettsvern (Løwer, 2013).

4.4. FSA hjemmelsgrunnlag - utgangspunkt

Dagen hjemmelsgrunnlag for polisiær virksomhet for FSA som offentlig organ utledes fra

- Lov om forebyggende sikkerhetstjeneste (sikkerhetsloven) - 1998 med forskrifter fra 2001 og 2010
- instruks om sikkerhetstjeneste i Forsvaret (2010)
- instruksjonsmyndighet

Sikkerhetsloven angir de minimumskrav til utførelsen av forebyggende sikkerhetstjeneste i det offentlige og andre rettssubjekt.⁴³ Samt hvilke plikter som den enkelte i slike virksomheter har (eks: Sikkerhetsloven §12 plikt å beskytte skjermingsverdig informasjon mot uvedkommende) og straffebestemmelser for brudd på sikkerhetsloven (Eks: Sikkerhetsloven §18a om adgangsforbud områder, og §31 straffebestemmelser for brudd på sikkerhetsloven).

Lovens §1 fastsetter at hovedformålet med sikkerhetsloven er å motvirke trusler mot rikets selvstendighet og sikkerhet og andre vitale nasjonale sikkerhetsinteresser, ivareta rettsikkerheten og trygge tillitten og kontrollen med den forebyggende sikkerhetstjeneste. Ordlyden i paragrafen referer til en prosess rettet mot interne forhold fremfor eksterne, og peker mot en forståelse av at disse bestemmelser hører inn under forvaltningsretten, noe som blir ytterligere støttet ved sikkerhetsloven §2 som angir at virkeområdet er samtlige «forvaltningsorgan».

Jf. sikkerhetsloven §5 første ledd angis det at enhver virksomhet har en selvstendig plikt til å utøve forebyggende sikkerhetstjeneste og ivareta behov som følger av dette. Ses denne paragraf opp mot Forsvarsdepartementets instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret §4, bokstav a, er det naturlig å utlede at FSA er den avdeling i Forsvaret som på daglig basis ivaretar det overordnede ansvar for dette på vegne av virksomhetens leder (Forsvarssjefen, jf. instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret §1).

⁴³ Sikkerhetsloven bruker begrepet «virksomhet» som fellesbetegnelse på forvaltningsorgan eller et annet rettssubjekt (jf. Sikkerhetsloven §3, pkt 6) som faller inn under loven.

Av ytterligere viktighet i sikkerhetslovens § 6 finnes hovedregelen for utøvelsen av sikkerhetstjeneste ved krav om ivaretagelse av den enkeltes rettsvern og kun anvende proporsjonale virkemidler, inngrep og metoder i forhold til aktuelle sikkerhetsrisiko. Denne regel utgjør en del av det statlige ansvaret for å ivareta sikringsplikten (jf. GrL. §92) ovenfor den enkelte innbygger.

Forskriftene til sikkerhetsloven angir i hovedsak detaljbestemmelser f. eks rundt prosesser for sikkerhetsklarering.⁴⁴ Herunder vil forskriften «instruks om sikkerhetstjeneste i Forsvaret» fra 2010 (heretter benevnt som «ISTF») være den sentrale rettskilde for FSA sin virksomhet.

Når vi omtaler instruksjonsmyndighet, skal vi være bevisst på at dette hjemmelsgrunnlag kun gjelder internt i den militære sektor. Selv om instruksjons og kommandomyndighet normalt kun følger kommandoforhold (jf. "Forskr. om ansiennitet/kommandomyndighet," 1957- del A. pkt 1), kan det ut fra Sikkerhetsloven §5 og ordlyden i ISTF §1 og §4 ikke ses som noen hindringer for en utvidet tolkning at FSA som virksomhet og dets personell operer direkte på vegne av forsvarssjefen i sikkerhetssaker og således har instruksjonsmyndighet internt i hele Forsvarets organisasjon.⁴⁵

⁴⁴ For en mer omfattende studie av personellsikkerhetsfeltet henvises det til Rune Melby sin masteroppgave ved PHS fra 2016 «Bruk av sikkerhetssamtalen som metode ved et utvalg klareringsmyndigheter» (Melby, 2016)

⁴⁵ Jf. ISTF §1 anses Forsvaret helhetlig som én virksomhet.

4.5. Hjemmelsgrunnlag relevant oppgavens problemstilling

Når det omtales kompetanse og hjemmelsgrunnlag må det skilles mellom to perspektiver, organisatorisk og personell.

Organisatorisk hjemmelsgrunnlag

Forskrift om sikkerhetsadministrasjon §4-1, sml. §§ 4-2 til 4-4

Kapittel 4 i denne forskrift omtaler proaktive (før en hendelse har inntruffet) tiltak og virkemidler.

Hovedregelen omtales i §4-1 som lyder

«§ 4-1. Risikohåndtering: Virksomhet med skjermingsverdig informasjon skal utøve risikohåndtering, ved å fastsette og gjennomføre sikkerhetstiltak etter en risikovurdering.»

Forskriften §4-1 angir en plikt å utøve risikohåndtering altså å være «føre var» i sin tilnærming til sikkerhetstjeneste og se på problemstillinger og trusler løpende. Sammenlignes denne opp mot forskriftens §4-2 (risikovurdering) og §4-3 (sikkerhetstiltak) fremgår minimumskrav til hvordan risikohåndteringen skal utføres og §4-4 fastsetter krav til evaluering av måloppnåelse.

Jf. ISTF §4, 1.ledd, bokstav a til d, har FSA en plikt å kontrollere og påse at denne regelen blir etterfulgt og ved behov gi nødvendig råd, veiledning eller ved behov gi pålegg. I enkelte tilfeller kan det være nødvendig at FSA håndterer risiko på egen hånd i kraft av å utøve sikkerhetstjeneste på vegne av Forsvarssjefen i kraft av dennes instruksjonsmyndighet.

Ut fra sin ordlyd og virkeområde er forskrift om sikkerhetsadministrasjon kap.4 er et forvaltningsrettslig hjemmelsgrunnlag og kan tjene som grunnlag for biformål som hører naturlig under forebygging, etterretning og forvaltningssporet. Da det her brukes begrepet «virksomhet» er dette en generell bestemmelse for hele Forsvaret og kan anvendes av alle avdelinger, jf. ISTF §1 definisjon om at Forsvaret anses samlet som én virksomhet.

Forskrift om sikkerhetsadministrasjon §5-1

Kapittel 5 i denne forskrift omtaler de reaktive (etter en hendelse har skjedd) tiltak og virkemidler som virksomheten har til disposisjon ved sikkerhetstruende hendelser, mens forskriftens §5-1 fastsetter hva er minimumskravene til adekvat reaksjon ved en sikkerhetstruende hendelse.⁴⁶

«§ 5-1. Handling ved sikkerhetstruende hendelser

Ved sikkerhetstruende hendelser skal virksomheten der dette har skjedd

- 1. undersøke omstendighetene ved hendelsen, sikre eventuelle bevis, og gjennomgå relevante rutiner og systemer,*
- 2. iverksette umiddelbare tiltak for å redusere skadeomfanget,*
- 3. om nødvendig iverksette midlertidige eller permanente sikkerhetstiltak for å hindre gjentakelse, og*
- 4. vurdere reaksjon overfor ansvarlige personer.»*

I likhet med forskrift om sikkerhetsadministrasjon §4-1 medfører begrepet «virksomhet» at denne bestemmelse er generell og kan anvendes av hele Forsvaret jf. ISTF §1.

I likhet med forskrift om §4-1 kan det i også enkelte tilfeller være nødvendig at FSA på vegne av Forsvarssjefen som virksomhetens leder utfører de nevnte tiltak. I de tilfellene kan personell ved FSA med hjemmel i forskriften §5-1 på selvstendig grunnlag anvende de virkemidler som nevnt i paragrafen.

Det som gjør denne paragraf unik er at den gir adgang til bruk av inngripende midler ovenfor den enkelte. Sett i kontekst av sikkerhetsloven §1 og §2 er dette primært et forvaltningsrettslig hjemmelsgrunnlag. Men da dette er en reaksjonsbestemmelse vil det være formålsbetraktningen ved anvendelsen av denne paragraf, som avgjør hvorvidt handlinger skal regnes som kun utøvelse av forvaltningsoppgaver eller om formålet de facto er en del av en etterforskning jf. Strpl. §226, 1.ledd. Dette blir særlig aktuelt når en sammenligner §5-1 opp mot §5-7 i samme forskrift som angir en plikt om å vurdere å orientere eller anmelde forholdet til sivilt politi, eller til militærpolitiet mtp. refselsler jf. disiplinærloven §1 (sml. Mil.strl §77 og §79), eller ordensstraff jf. tjenestemannsloven §14.

⁴⁶ Sikkerhetstruende hendelser omfatter Jf. Forskrift om sikkerhetsadministrasjon §1-2: Sikkerhetstruende virksomhet (jf. Sikkerhetsloven §3 pkt 2-5 eks: spionasje, sabotasje og terror), kompromittering av skjermingsverdig informasjon og grove sikkerhetsbrudd.

ISTF §4 – om FSA oppgaver

Bestemmelsen omtaler spesifikt FSA mandat og oppgaver, herunder at FSA er den sentrale organ for sikkerhetstjeneste i Forsvaret og har her nødvendig instruksjonsmyndighet når det gjelder forståelse av regelverk og utøvelse av forebyggende sikkerhet i Forsvaret.

Hjemmelen er særskilt rettet mot FSA, da den er gitt direkte fra Forsvarsdepartementet, bryter den normale kommandolinjer ved at den har samme trinnhøyde som andre forskrifter.

FSA hjemmelsgrunnlag kan i større grad tolkes å gi legitimitet for bruk av makt og inngripende metoder i militær sektor og ovenfor individer. Denne bestemmelse må ses i sammenheng med Sikkerhetsloven §5 og av dette kan det utledes at med et så spesialisert oppdrag fastsatt i forskriftsform, er FSA den sentrale myndighet i Forsvaret når det gjelder sikkerhetstjeneste. Det bemerkes at Lex superior prinsippet påvirker her organinterne bestemmelser ved at de ikke kan stå i motstrid til forskriften bestemmelser, selv om det er åpning for etter foresattes instruksjonsmyndighet å vedta organinterne bestemmelser som er innskrenke.

I et komparativt lys kan ikke FSA organisasjon og oppgaver direkte tolkes å tilsvare politiets organisasjon og oppgaver jf. Politiloven §1 og §2. Slik som Militærpolitiet sml. Lov om militær politimyndighet (jf. Riksadvokaten, 2005). Selv om det er likheter i enkelte tilfeller når det gjelder ansvar jf. politiloven §1, pkt.1 og pkt.2. For denne oppgave legges til grunn at ISTF §4 viser at FSA arbeid er en kontroll og tilsynsmyndighet som utøver polisiær virksomhet. I tillegg til reguleringen av slik virksomhet og kan det ikke utelukkes at paragrafen kan tjene som hjemmel for biformal som faller inn under kategoriene forvaltnings-, forebyggende- og etterretningsspor og således utenfor etterforskningsbegrepet jf. Strpl §226.

ISTF §28– Hjemmelsgrunnlag for mil.ke

Denne paragraf hjemler FSA mandat og oppgave til å utøve militær kontraetterretning (mil.ke) og for å opptre som fagmyndighet i militære sektor for dette fagfeltet (jf. ISTF §4, bokstav g.).

Ut fra at ordlyden i paragrafen er den så spesifikt og peker på avdelingen FSA, vil det være naturlig å tolke paragrafen innskrenkende.

En aktuell problemstilling vil da være om bestemmelsen står i motstrid med politiloven §17b som fastsetter at PST har hovedansvaret for kontraetterretning i Norge. For denne oppgave legges til grunn at det ikke er motstrid, men at ISTF §28 må ses som en utfyllende bestemmelse til politiloven §17 da definisjonen av mil.ke jf. ISTF §2 3.ledd vektlegges det at fokuset skal være rettet mot militær virksomhet, personell eller objekter.

Ut fra lex superior prinsippet vil det være en naturlig fortolkning at de saklige og materielle rammene for FSA sitt mil.ke virksomhet, kun kan utøves for det som blir delegert fra PST.

Mil.ke slik det fremstilles i ISTF §28 må hovedsakelig ses på som en proaktiv handling og ses derfor i sammenheng med Forsvaret plikt å gjøre nødvendig og kontinuerlig risikohåndtering jf. forskrift om sikkerhetsadministrasjon kap.4. Bestemmelsen bærer ikke preg av å ha formål som er rettet mot etterforskning jf. Strpl. §226. Derfor kan det ikke utelukkes at denne paragrafen kan tjene for å hjemmel biformal som faller inn under kategoriene forvaltnings-, forebyggende- og etterretningsspor og således utenfor etterforskningsbegrepet jf. Strpl §226.

Kompetanse til personell i FSA

I tillegg den organisatoriske kompetansen gitt FSA og som personellet kan utøve på organisasjonens vegne, skiller personellet i FSA seg ut fra andre offentlige organer som ikke er en del av politiet, ved en dualitet i adgang til å bruke makt og tvang.⁴⁷

Når det gjelder det militære personellet ved FSA utover de normale regler for militær kommandomyndighet jf. (jf. "Forskr. om ansiennitet/kommandomyndighet," 1957- del A. pkt 1).⁴⁸ har militært befal (sersjanter eller høyere) alminnelig politimyndighet på militære områder og i umiddelbar nærhet jf. lov om militær politimyndighet §1. Videre jf. straffeprosessloven §478 fastsetter at militært befal anses som polititjenestemenn etter straffeprosessens regler ved etterforskning og bruk av tvangsmidler.

Når det gjelder de sivilt ansatte ved FSA, kan det ikke utelukkes at disse under utførelsen av tjenesteplikter for å beskytte skjermingsverdig informasjon (jf. sikkerhetsloven §11) kan anses som å utføre et vakt og sikringsoppdrag på vegne av Forsvarssjefen jf. ISTF §1 og §4. Dersom det kan anses at disse utfører et «vaktoppdrag» kan det anvende en analogisk tolkning av lov om militær politimyndighet §1 bestemmelser om militære vakter, kf. forskrift om utøvelse av militær politimyndighet pkt.4 rundt sivile vakter med militære foresatte, som hjemmel for at disse kan anvende militær politimyndighet.

Militær politimyndighet er i utgangspunktet avgrenset til militære områder og umiddelbar nærhet jf. lov om militær politimyndighet §1, men militært befal kan i visse tilfeller utøve militær politimyndighet utenfor slikt område, jf. lov om militær politimyndighet §2. Denne dualiteten ved personellens kompetanse er av betydning for denne oppgave sin problemstilling rundt grensene mellom offentlig myndighetsutøvelse (forvaltningsmessig og den alminnelige handlefrihet) og etterforskning etter straffeprosessloven. Og må ses i sammenheng med formålsbetraktningen som legges til grunn for å avgjøre i hvilket rettsområde mil.ke aktiviteten faller inn under.

⁴⁷ Det tas utgangspunkt her i den engelske wikipedia sin artikkel om FSA at personellet består av en blanding militært og sivilt ansatte (Wikipedia, 2016b)

⁴⁸ Herunder militær inspeksjonsrett (Generaladvokaten, 2008)

4.6. Geografiske virkeområde

For å forstå FSA sitt hjemmelsgrunnlag må det gjøres enkelte betraktninger rundt geografiske virkeområder.

At FSA kan utøve sin virksomhet og myndighet på militært område og umiddelbar nærhet som del av Forsvaret fremstår som ukontroversielt. Definisjonen på militært område fremkommer i pkt 5 i Forskrift om politimyndighet i Forsvaret som følgende: «*Med militært område forstås område som Forsvaret har rådighet over og/eller er erklært som militært område. Militært område omfatter også militært fartøy eller transportmiddel, herunder også sivilt eid fartøy eller transportmiddel når slikt i sin helhet disponeres av Forsvaret til militært organisert transport. Under feltforhold regnes de steder hvor det etableres bivuakk, stillinger, kommandoplasser og tilsvarende som militært område.*».

Som vi ser her kommer definisjonen til anvendelse på både statiske objekter, permanent avgrenset områder, øvingsområder for den militære sektor, herunder også annen eiendom som er rekvirert som militært øvingsområder jf. Rekvisisjonsloven §1 og Forskrift om militære rekvisisjoner kap.13. Sett i lys av den teknologiske utviklingen kan begrepet også tolkes utvidende til å omfatte cyberdoment og alle informasjonsnettverksinfrastruktur og komponenter som eies, forvaltes eller driftes av Forsvaret, herunder også den delen av ledig kapasitet på slike nettverk som anvendes av den sivile sektor.

Begrepet «umiddelbart nærhet» forstås ut fra Forskrift om politimyndighet pkt 6 som «... *vei som hovedsakelig tjener som adkomst til militært område samt steder som ligger så nær at uro kan forstyrre ordenen på militært område.*». Dette begrepet må også ses i lys av samfunns og teknologiutviklingen, f.eks at der det kun var et militært anlegg tidligere har områdene rundt blitt utviklet for boligformål (eks: området rundt Haakonsværn) og at ny teknologi gjør det mulig for uvedkommende å innhente informasjon over avstander ved hjelp av elektroniske og optiske sensorer (f. eks som kameraer, IMSI catchere, wifi sniffere). Avgrensninger av et umiddelbart område vil variere og må vurderes individuelt, og ta hensyn til både beskyttelse mot sikkerhetstruende virksomhet, samtidig som en må ivareta statens sikringsplikt jf. Grl. §92.

Om geografisk virkeområde for mil.ke aktiviteter

Som det fremgår av både ISTF §28 1.ledd angis det å drive mil.ke virksomhet på «norsk territorium», hva som er å betegne som slikt område blir ikke utdypet videre i selve instruksen, i sikkerhetsloven eller andre tilknyttede forskrifter. Om en derimot ser til forskrift om fremmede statsfartøyer fra 1997 sin §2, 11.ledd finner en følgende definisjon: «Med norsk territorium forstås alt norsk landområde, indre farvann og sjøterritoriet, samt luftområdet over disse». Legges denne definisjonen til grunn kan ordlyden i §28 1.ledd forstås utvidende og gi åpninger for FSA å utøve mil.ke på sivile områder utøver den umiddelbare nærhet til militære områder.

En slik tolkning stiller jeg meg skeptisk til å anvende ukritisk av ulike årsaker.

Primært da definisjonen av fagfeltet «mil.ke» jf. ISTF §2, 3.ledd peker mot militær virksomhet og objekter, ut fra en normal språklig vil det være vanskelig ikke å forstå at dette betyr kun militære områder (inkl. de som er rekvirert for øvelse) og den umiddelbar nærhet. Med militær person kan dette omfatte fysiske personer ansatt i militær sektor både i og utenfor tjeneste og gjenstander som denne disponerer.

Spørsmålet er hvorvidt enkeltpersoner i militær sektor kan ha en rimelig forventning til et privatliv utenfor tjeneste, og hvorvidt en offentlig myndighet i slike tilfeller ut fra et forvaltningsrettslig hjemmelsgrunnlag kan bruke inngripende midler og metoder på sivile områder. For min del fremstår det klart at slik inngripen i den private rettsfære kun kan skje basert på et tilfredsstillende hjemmelsgrunnlag (jf. Grl. §113 legalitetsprinsippet), en interesseavveining og avveining hvorvidt et slikt inngrep vil være brudd på det offentlige sine plikter (jf. Grl. §92) om å forebygge rettighetsbrudd eller mangler ved å ivareta den enkeltes menneskerettigheter.

For å støtte opp under denne argumentasjon vil jeg vise at den en av de moderne rettsstat sine idealer at den enkelte kan ha en forventning om at de offentlige myndigheter, respekterer den enkeltes privatliv og den personlige integritet. Såfremt det ikke foreligger en rimelig grunn og hjemmel til å bruke inngripende metoder inn i dennes personlige rettsfære. Denne forventingen er nå forankret gjennom Grl. §102 og EMK art. 8. På engelsk benyttes uttrykket «reasonable expectation of privacy» for å dekke denne forventning. Begrepet er videre forankret i EMD dom fra saken Halford v. The United Kingdom (1997)⁴⁹. Som videre kan spore sin argumentasjon tilbake til en avgjørelse i den føderale høyesterett i USA «Katz v. United States» - 389 U.S. 347 (1967) (Gomez-Arostegui, 2004, p. 10).⁵⁰ Praktiske eksempler på anvendelsen av dette prinsipp i Norge er f. eks gjennom dommer som avskjærer bruken av bevis som er innhentet gjennom ulovlig overvåkning jf. Rt.1991 s.616 «Gatekjøkken-dommen».

Med det som fremkommer i avsnittene ovenfor og en betraktning rundt Lex superior prinsippet, tilsier kan slik aktivitet ikke være i motstrid eller gå videre enn PST sitt oppdrag og mandat jf. politiloven §17 b, følgelig vil det her være naturlig å utlede at i tillegg til tilfredsstillende hjemmel for mil.ke aktivitet utover militært område og umiddelbar nærhet, må dette være godkjent av PST før aktiviteten starter.

⁴⁹ No. 20605/92, ECHR 1997-III, 24 EHRR 523 (25 June 1997)

⁵⁰ Katz v. U.S. (1967) etablerte følgende 2 kriterier for å bedømme hvorvidt det fantes «a reasonable expectation of privacy»: «...there is a twofold requirement, first that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as reasonable. (jf. USSC, 1967, p. 361 - Justice Harlan)

4.7. Hvem vokter vokterne?

I en rettsstat må det foreligge visse kontrollmekanismer som sikrer balansen mellom og ivaretagelse av nasjonale sikkerhetsinteresser og den enkeltes rettsikkerhet. Av hensynet til helheten i oppgaven må denne myndighet kort nevnes. For FSA utøves den demokratiske kontroll primært utøvet gjennom Stortingets kontrollutvalg for etterretnings, overvåkning og sikkerhetstjenester (EOS-utvalget).⁵¹

EOS-utvalget beskriver selv sine oppgaver, myndighet og arbeidsmetodikk på følgende måte:

- *«å kontrollere etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste som utføres eller styres av offentlige myndigheter, og som har til formål å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser.*
- *«Utvalget har ingen instruksjonsmyndighet eller vedtaksmyndighet overfor tjenestene, men kan uttale sin mening om saker eller forhold det undersøker som ledd i kontrollvirksomheten, og gi anbefalinger eller tilrådinger til EOS-tjenestene, eksempelvis at en personregistrering bør slettes, en sak bør tas opp igjen eller at et tiltak eller en praksis bør avvikles.»*
- *«Utvalget skal som hovedregel følge prinsippet om etterfølgende kontroll. Utvalget kan likevel kreve innsyn i og uttale seg om løpende saker.»*

(EOS-utvalget, 2017b)

I tillegg til dette foreligger det i instruks for sikkerhetstjeneste §1 et selvstendig ansvar for Forsvarssjefen å føre kontroll med FSA, videre er det etablert et departementalt tilsynsutvalg jf. instruksens §7. Dersom en også inkluderer evt. domstolskontroll, vil dette si at FSA er underlagt totalt 4 ulike tilsyns og kontrollordninger.

⁵¹ EOS-utvalget ble opprettet av stortinget i 1996 som følge av Lundkommisjonen sin rapport (Stortinget, 1995/1996) og som del av et politisk ønske om å etablere en uavhengig kontrollordning av disse tjenester som kontrollerte i en slik grad at hendelser som skjedde under den kalde krigen med politisk og ulovlig overvåkning ikke gjentok seg. (EOS-utvalget, 2017a)
EOS-utvalgets hjemmelsgrunnlag er fastsatt i [lov om kontroll med etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste](#) 3. februar 1995 nr. 7, og utfylles av [instruks om kontroll med etterretnings-, overvåkings og sikkerhetstjeneste](#) 30. mai 1995 nr. 4295.

5. GRUNNLOVEN OG KONVENSJONSFORPLIKTELSER

Som del av den rettsdogmatiske metodikken vil det være nødvendig å se hvordan ulike rettskilder har påvirket polisiær virksomhet utenfor politiet, og for å kunne ses senere i sammenheng med teori fra politivitenskapen. For å få et større perspektiv på hvordan revidering, kodifisering eller inkorporering av både gamle og nye rettsprinsipper kan ha påvirket det juridiske landskapet for FSA sin polisiære virksomhet (herunder mil.ke og lignende). Er det naturlig å starte med Grunnloven og de konvensjoner som er gitt grunnlovsmessig trinnhøyde. Ved å forstå de skranker og muligheter for polisiær virksomhet som ble aktualisert i etterkant av grunnlovsrevisjonen i 2014. Kan en bedre se sammenhenger mellom disse og andre rettskilders sin regulering av Forsvaret maktbruk. Siden disse påvirker de andre kapitlene i større grad, er det hensiktsmessig både for å vise den sentrale plass i rettskildebildet og av oppgavetekniske årsaker, å presentere dette i et eget kapittel.

5.1. Innledende refleksjoner

I etterkant av oppstarten av masterstudiet ved politihøgskolen i 2012 har det skjedd vesentlige endringer i rettskildebildet ved grunnlovsrevisjonen i 2014 hvor visse menneskerettighets og rettsstatsprinsipper ble kodifisert eller direkte inkorporert i norsk rett i det nye kapittel E i Grunnloven.

For denne oppgaven er det identifisert følgende sentrale prinsipper som vil være av betydning for helheten i oppgaven og som fikk ny språkdrakt, kodifisert eller inkorporert gjennom 2014 revisjonen av Grunnloven – Grl. disse er:

- sikringsprinsippet
- legalitetsprinsippet
- personvern og privatlivets fred

5.2. Om tolkningen av grunnlovsbestemmelser

Når grunnlovsbestemmelser skal tolkes, er det naturlig å omtale hvilke særlige tolkningsregler som en må ta høyde for.

I likhet med ordinære lover, er selve ordlyden av en paragraf (bestemmelse) en tungtveiende tolkningsfaktor når vi skal ta stilling til det rettslige innholdet i en grunnlovsbestemmelse. En tar her utgangspunkt i den naturlige språklige forståelsen som var i den tid paragrafen ble utformet og vedtatt. Samtidig er det i juridisk teori vist rom for en dynamikk i tolkning av selve ordlyden i grunnlovsbestemmelsen, da både samfunnet og rettsoppfatninger i dag har endret seg sammenlignet med den tid og omstendigheter som var i 1814 (Johs Andenæs & Fliflet, 2006, p. 47) I forlengelsen av denne, viser andre forskere på det juridiske felt at bestemmelsen må ses i sammenheng med øvrige deler av Grunnloven – både mellom enkelte ledd i bestemmelser og andre bestemmelser som helhet. Denne teknikk omtales f. eks av Eivind Smith som *harmoniserende tolkning* (E. Smith, 2012, p. 127). Som en ytterligere rettsikkerhetsgaranti ved tolkninger av grunnlovsbestemmelser fremhever tidl. Ombudsmann Arne Fiflet at ved: «... *tolking av regler som angår forholdet mellom Stortinget og Regjeringen, må hensynene til folkestyre og rettssikkerhet tillegges stor vekt.*» (Fliflet, 2005, pp. 29-30)

Et annet viktig tolkningsredskap er selve forarbeidene til grunnlovsbestemmelsen. Da dette utfyller det språklige innholdet med en innsikt i hva var lovgivers intensjoner bak bestemmelsen. Eksempel på hvordan forarbeider vektlegges kan ses f. eks i Rt. 2010 s. 535 («OVF-dommen»). Hvor Høyesterett tok stilling til hvordan forarbeider skal vektles i vurderingen hvorvidt en forskrift var grunnlovsmessig eller ikke, og etablerte en handlingsregel at der Stortinget hadde vært klar i sin egen vurdering av det grunnlovsmessige til et lovvedtak vil domstolene når de er i tvil i avgjørelsen av rettslige spørsmål følge lovgivers vilje.

Det er ikke ofte man finner tilstrekkelig *rettspraksis* som gir en adekvat veiledning i tolkningsspørsmål om de grunnlovsrettslige forhold mellom statsmaktene. Derfor er parlamentarisk praksis og regjeringspraksis (Stavang, 2002, p. 31) av særskilt relevans ved tolkning av grunnlovsbestemmelser. Som en ytterligere konsekvens av manglende rettspraksis og domstolsprøving er at juridisk teori vil få en betydelig tyngde ved tolkning og spørsmål rundt konstitusjonelle forhold.

Konstitusjonell sedvane er statsrettslig praksis med Grunnlovens rang. Slik sedvane kan tjene både som en materiell hjemmel, være et redskap ved tolkning av grunnlovsbestemmelser og supplere Grunnlovens bestemmelser. De tradisjonelle betingelser for å etablere konstitusjonell sedvanerett er at den bestemte praksisen fra enten Kongen, Regjeringen eller Stortinget må både være ensartet, fulgt kontinuerlig over langt tid, og overholdt i den overbevisning at praksisen er basert på en bindende rettsregel (Johs Andenæs & Fliflet, 2006, pp. 40-42). Eksempler på konstitusjonell sedvane, som senere har blitt kodifisert er prinsippet om parlamentarisme (Grl. §15), legalitetsprinsippet (Grl. §113) og domstolenes prøvingsrett (Grl. §89)

5.3. Sikringsprinsippet

Jf. Grl. §92: «*Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.*»

Denne grunnlovsbestemmelse omtales som «sikringsprinsippet» og omfatter ut fra Grl. §92 ordlyd alle offentlige myndigheter. Sikringsplikten for å ivareta menneskerettigheter omfatter de traktater og konvensjoner Norge har forpliktet seg til (jf. Auglend, 2015, p. 328).

Sikringsplikten deles ofte i to kategorier negative sikringsplikt ved at statene må avstå fra konvensjonskrenkende handlinger, og positiv sikringsplikt hvor staten skal påse effektiv oppfølging og etterlevelse av konvensjonsforpliktelser (jf. Hansen, 2010, pp. 3-4).

5.4. Legalitetsprinsippet

Introduksjon

En sentral del av idealet om rettstaten er at statsmaktene har et nødvendig hjemmelsgrunnlag for de handlinger eller avgjørelser som tas og får en virkning overfor sine borgere. Fundamentet for denne tanke er maktfordelingsprinsippet og hensynet til ivaretagelsen av demokratiet (Frostad, 2009 - pkt 4.1) og forutberegnelighet for den enkelte.⁵² Dette omtales i dagligtale som *legalitetsprinsippet*.

Legalitetsprinsippet er mest kjent i fra strafferetten sin felt, rettshistorisk kan det spores helt tilbake til romerretten og ble ansett som et så sentralt at prinsippet at det ble inntatt i §96 i 1814 Grunnloven og forble uforandret til 2014.^{53 54} På engelsk er dette prinsippet inntatt i begrepet «*rule of law*» (NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed, 2004 - pkt 5.2.1). Viktigheten av dette prinsippet illustreres at det er en av de fundamentale prinsipper som nevnes i forordet til den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (1950).⁵⁵ Samt at Lønning-utvalget (Stortinget, 2011) fremhever at «*På mange måter er dette en av bærebjelkene i den moderne rettsstat og det moderne demokrati, der individene har underkastet seg makten, men bare i den utstrekning makten utøves i tråd med lovgivning gitt av folkeflertallets representanter.*» (Stortinget, 2011, p. 248).

Ved grunnlovsvedtak 6 mai 2014 ble følgende grunnlovsbestemmelse vedtatt:

Grl. §113 «*Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.*»

En utfordring ved denne formuleringen er at det omfanget av prinsippet ikke kommer klart frem. Etter juridisk teori er omfanget av legalitetsprinsippet ikke avgrenset alene til spørsmålet hvorvidt det er et faktum om det finnes et hjemmelsgrunnlag eller ikke. I legalitetsprinsippet finnes det også elementer fra ulovfestet rett i læren om *klarhets- og tilgjengelighetskrav*.

⁵² Jf. Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26

⁵³ Fra latin finner vi læresetningen «*nulla poene sine lege, nullum crimen sine lege*», som oversettes med «*ingen straff uten lov, ingen forbrytelse uten lov*» (Heitmann, 2011, p. 3) (kf.Strandbakken, 2004 - pkt 3.1)

⁵⁴ Følgende var ordlyden i Grunnloven §96 i perioden 1814-2014: «Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom. Pinligt Forhør maa ikke finde Sted.» (Stortinget, 2011, p. 250)

⁵⁵ «*Being resolved, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law,*» Mrl (1999) – vedlegg 1

Klarhetskravet tilsier at selve teksten i bestemmelsen må være tilstrekkelig presis og avklarende for at «mannen i gaten» skal kunne forstå (forutberegne) sin egen rettsstilling og grensene hva som er lovlig og ikke lovlig i samfunnet. Dette er omtalt i f. eks høyesterettsdom Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30, hvor det ble fremhevet at konsekvensen av tvetydige og skjønnsmessige formuleringer var at en bestemmelse ikke kunne anses som grunnlovsmessig. I juridisk teori finner vi støtte for dette synet i Frede Castberg sitt arbeid (Castberg, 1964, p. 14)

En naturlig fortsettelse av klarhetskravet er en juridisk begrensning (skranke), i hvordan tolke hjemmelsgrunnlaget (tolkingsfrihet), særlig når det gjelder analogisk og utvidende tolkingsmetodikk. (Knoph, Lilleholt, & Andenæs, 2014 - Mestad, Ole, "Rettsens kilder og anvendelse" s. 4-24). Hvor et for stort rom for å tolke en bestemmelse medfører en risiko at en vil kunne utvanne klarhetskravet, derfor er det etter juridisk teori et prinsipp at desto mer inngripende inngrepet er, jo strengere er kravet til hvordan bestemmelsen kan tolkes (M. H. Andenæs, 1997, p. 205).

For en reell forutberegnelighet må bestemmelser herunder lovhjemler være tilgjengelige for offentligheten for at en kan bli kjent med dens innhold og rekkevidde. Normalt ivaretas dette gjennom offentliggjøring av publikasjoner, internett, biblioteket, samlinger, bokhandel. Dette *tilgjengelighetskravet* i likhet med klarhetskravet, vil være proporsjonalt med inngrepets omfang og styrke.

Forankringen av disse prinsipper finnes også i internasjonale rettskilder som etter 1999 (jf. Mrl. 1999) inngår i norsk rett (jf. Grl. §92). Her kan det nevnes at fra rettspraksis i den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i saken *The Sunday Times v. United Kingdom (1979)* ble det i dommens avsnitt 49 innfortolket at det eksisterte et klarhets- og tilgjengelighetskrav som medførte at loven må være tilstrekkelig tilgjengelig ("adequately accessible"), for innbyggerne, samt er tilstrekkelig klart og presist utarbeidet. Dette slik at innbyggerne har en reell anledning til å være bevist på hvilke bestemmelser som finnes og forutberegne sin egen rettsstilling.⁵⁶ EMD begrunner disse hensyn ut fra å forhindre maktmisbruk og vilkårlighet fra det offentlige myndigheters sin side, samtidig gir EMD lovgiver en fortsatt adgang til å vedta lover som har et språk som åpner for en dynamisk rettsutvikling.

⁵⁶ EMD Saksnr. 6538/74, 26. april 1979.

Til slutt vil en bemerke at den norske forståelse av legalitetsprinsippet etter norsk rett går lengre enn EMK og EMD tolkninger. Hvor vi på norsk side henviser til formell lov, utleder EMD innholdet i begrepet «law» og «lawful» ut fra rettspraksis.

Utdrag fra forarbeidene

Innenfor strafferetten har legalitetsprinsippet vært tolket strengt slik at trussel om straff og selve gjerningsbeskrivelsen må følge av en formell lov gitt i henhold til Grunnloven §75-79 (etter revisjonen i 2014) mens øvrige straffbarhetsvilkår kan følge av forskrift (Johs Andenæs, 2004, p. 106). Utenfor strafferetten derimot ble legalitetsprinsippet ikke tolket like strengt. Over tid har både samfunnsutvikling og utvikling i rettsvitenskapen medført en endring i forståelsen av rekkevidden for legalitetsprinsippet og hvordan det påvirker den handlefriheten til de offentlige myndigheter. Med denne endring har det utviklet seg en ulovfestet lære om at inngrep av det offentlige i den enkeltes sin rettsfære krever en hjemmel i lov, dette omtales noen ganger som det «*positivt formulerte legalitetsprinsipp*» eller «*den tradisjonelle lære*».⁵⁷

Aksepten for denne ulovfestet lære og en bred politisk og juridisk enighet i Norge, eleverte dette prinsippet til å være konstitusjonell sedvane (Stortinget, 2011, pp. 247-248). Eksistensen og påvirkningen av legalitetsprinsippet ble løftet frem inn mot grunnlovsjubileet i 2014 av Lønning-utvalget (Stortinget, 2011) som formulerte at: «*En generell grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet vil i utgangspunktet ikke endre dagens rettstilstand. Det er uomtvistelig at prinsippet gjelder i norsk rett, og at prinsippet har lik gjennomslagskraft som Grunnloven. Grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet vil synliggjøre prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reell skranke for maktavernes myndighetsutøvelse. Prinsippets sentrale plass for forståelsen av den norske rettsstaten tilsier at det kommer direkte til uttrykk i Grunnloven.*» (Stortinget, 2011, p. 249).

⁵⁷ Den tradisjonelle lære kan også omtales som «lex scripta-krav» altså at det må eksistere en formell lov som hjemler de oppgaver/kompetanse en myndighet skal utføre.

Utover arbeidet rundt selve ordlyden så gjorde Lønning-utvalget (Stortinget, 2011) en sondering hvorvidt rundt forslaget til ny Grl. §113 skulle gå legge til grunn for bestemmelsen om legalitetsprinsippet *den tradisjonelle lære* eller det som blir benevnt som *den formelle lære* (negativt formulerte legalitetsprinsipp).⁵⁸ Etter en helhetlig vurdering valgte Lønning-utvalget å legge *den tradisjonelle lære* til grunn for ny Grl. §113. Utvalget la til grunn at *den formelle lære* ville innebære en så omfattende kompetanseregulering som var lite ønskelig, da den ville gripe inn i forholdet mellom de ulike forvaltningsorganer og hvordan den utøvende makt måtte organiseres. Utvalget trakk frem at den tradisjonelle lære lå tette opp til den grunnleggende rettshistoriske tanker om samfunnskontrakt, statens maktmonopol og slik rettstilstanden (Stortinget, 2011, pp. 247, 249-250).⁵⁹

Betydning for FSA utøvelse av polisiær virksomhet

Som angitt i kapittel 2 «*Polisiær virksomhet er en spesiell form for sekundær kontroll med hovedformål å opprettholde orden og sikkerhet i samfunnet. Dette kan skje på mange måter, men vanligvis ved at det ved avvik fra det ønskelige benyttes eller trues med en form for makt og sanksjonering.*» (Larsson & Gundhus, 2007, p. 18).

Er det mulig og reelt å utøve slik sekundær kontroll uten noen form for bruk av inngripende midler? Såfremt man ikke er tilhenger av anarkistisk filosofi vil svaret til dette spørsmålet være nei. For denne oppgaven forutsettes det at legalitetsprinsippet innebærer en begrensning i rettsanvendelse i polisiær virksomhet, det forutsettes videre at bestemmelser skal etterleves både klarhets- og tilgjengelighetsprinsippet.

Det er derfor heller et mer relevant spørsmål, når foreligger det en «inngripen» av en offentlig myndighet som krever grunnlag i en lov? Dette spørsmålet er sentralt både for en korrekt forståelse av Grl. §113 rekkevidde og den gjennomslagskraft dette prinsipp har for FSA polisiære virksomhet. For denne oppgave legges til grunn Lønning-utvalget (Stortinget, 2011) uttalelse «*For at man kan tale om et «inngrep», må det foreligge kvalifiserte forhold som rammer den enkelte*»

⁵⁸ *Den formelle lære/negativt formulerte legalitetsprinsipp* tar sikte på å regulere normgivning og ikke faktiske handlinger, i motsetning til *den tradisjonelle lære*. Samtidig omfatter den formelle tilnærmingen et større felt enn den tradisjonelle, ved at den også regulerer kompetansegrunnlag i et større omfang, også den enkeltes borgeres kompetanse og kompetansegrunnlaget for de beslutninger hvor det ikke foreligger «inngrep i borgernes rettsfære». (Eckhoff & Smith, 2010, p. 361 flg.)

⁵⁹ Samfunnskontrakt: «Institusjonaliseringen av en yrkesgruppe som profesjon kan ses som en samfunnskontrakt hvor yrkesgruppen forplikter seg til å tjene visse allmenne interesser» (Kjellstad, 2012, p. 14)

(Stortinget, 2011, p. 248).⁶⁰ Begrepet *kvalifisert forhold* forstås ut fra nyere juridisk undervisningslitteratur som en totalvurdering basert på følgende faktorer

- Inngrepets art (*graden av direkte påvirkning*)
- Inngrepets styrke (hvilken virkning påvirkning har)
- Rettsgodet som blir grepet inn i
- Inngrepet formål (*graden av nødvendighet*)

(UiO, 2016 - lysbilde nr 7)⁶¹

I Grl. §113 omtales «myndigheter» når det henvises til hvem legalitetsprinsippet har virkning for, med dette må det forstås at all dette omfatter all offentlig virksomhet (inkl. FSA) og ikke kun politietaten.⁶² Til støtte for dette synet vises det til Høyesterett i Rt-2010-612

(«Sårstelldommen») som uttaler: «*Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner ... Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.*» ("HR-2010-902-A - Rt-2010-612," 2010 - pkt 27). Når legalitetsprinsippet omfang tolkes å til og med omfatte spørsmål rundt behandling av pasienter, vil det også få anvendelse ved FSA utøvelse av polisiær virksomhet.

⁶⁰ En kan legge til grunn at begrepet kvalifisert forhold omfatter konkrete tilfeller der bestemmelser stifter, opphever eller endrer en borgers plikter eller rettigheter. Eller utgjør faktiske rådighetshindringer og frihetsinngrep ovenfor en borger. (Eckhoff, 1963 - Del 3-4)

⁶¹ Dette skillet kan enklest illustreres gjennom følgende tenkt eksempel:

Offentlige myndigheter kan selv eller få en entreprenør til å stenge et tunneløp ved bruk av skilt og mekaniske sperrer. Selv om dette er bruk virkemidler som påvirker den enkelte, har en rekkevidde og er til ulempe, vil ikke dette være et inngrep i den enkeltes rettssfære, en har fremdeles valgfrihet til å velge andre veier eller parkere og vente til åpning av tunnelen, altså ingen påvirkning av et retts gode. På den andre siden skal offentlig myndigheter sanksjonere en bilist som velger å omgå sperringene og kjøre inn i et stengt tunneløp, eller pålegge bilisten som har parkert å flytte seg under trussel av en sanksjon eller ved hjelp av maktbruk vil dette gripe direkte inn i den enkeltes rettssfære og her vil det være krav om grunnlag i en formell lov da dette påvirker alle fire faktorer og medfører et kvalifisert forhold som rammer den enkelte.

⁶² «Uttrykket «*myndighetenes inngrep*» vil i hovedsak rette seg mot den utøvende makt. Formuleringen er ikke ment å innskrenke den adgang domstolene i dag har til å drive rettsskapende virksomhet.» (Stortinget, 2011, p. 251)

5.5. Personvern og respekt for privatlivets fred

Introduksjon

Vern av privatlivets fred og personvern er ingen nyvinning i Norge, eller for hvordan det påvirker det offentlige i utøvelsen av polisier virksomhet. Før grunnlovsendring i 2014 var den aktuelle grunnlovsbestemmelse (Grl. §102) historisk forankret for å verne borgere sitt private husrom mot å bli utsatt for vilkårlige ransaker og urettmessige kontroller av det offentlige.^{63 64} Vernet av privatlivets fred ble ivaretatt gjennom EMK artikkel 8 og FN konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 + konstitusjonell sedvane. I tillegg til dette har det blitt vedtatt flere lover med bestemmelser for å verne både privatliv, personlig integritet og personopplysninger (eks: personopplysningsloven, helseregisterloven, åndsverkloven), det er avsagt dommer (jf. "Rt-1952-1217," - "To mistenkelige personer") som utfyller rettsbildet og en stadig sterkere inkorporering av traktatbaserte menneskerettigheter inn i norsk rett. (Stortinget, 2011, pp. 168-169 - pkt 30.2.1)

Utfordringen har vært at det fragmenterte rettslige landskapet (Stortinget, 2011, p. 173) og manglet en sentral bestemmelse i norsk rett som forankrer disse prinsipper.

For å møte utfordringer ved stadige teknologiske nyvinninger og at eksisterende lovverket ikke var tilstrekkelig dynamisk, anbefalte Lønning-utvalget (Stortinget, 2011, pp. 169-181) at prinsipper rundt privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern, ble forankret i Grunnloven.

Ved grunnlovsvedtak 6 mai 2014 ble følgende grunnlovsbestemmelse vedtatt:

«Grl. § 102. *«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller. Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet.»*

⁶³ Rettsprinsippet om vern av de personlige eiendommer og privatlivet kan spores helt tilbake til romerretten og Cicero, mens den mer kjente formulering av dette prinsipp *«Every man's home is his castle»*, denne formuleringen stammer fra engelske sedvanerett og er fremhevet av engelske jurister slik som Sir Edward Coke i *«Institutes of the Lawes of England»* fra 1605 og Sir William Blackstone *Commentaries on the Laws of England* fra 1765 (Balko, 2013, pp. 13-14). Og har påvirket rettsutvikling i Europa ved utformingen av og senere tolkninger av EMK artikkel 8.

⁶⁴ Utvikling i teknologi og inkorporeringen av menneskerettigheter inn i norsk lov jf. Mrl. §2, kf. EMK art.8 andre ledd, utvidet derimot Grl. §102 nedslagsfelt og ble grunnlag for forslagene som ble ny Strpl §222d og Politiloven §17d, for bruk av tvangsmiddel slik som avlytning i forebyggende formål (Stortinget, 2011, p. 169).

Utdrag fra forarbeidene

Både Stortingets og Lønning-utvalget har poengtert at grunnlovsendringen ikke skulle endre den materielle rettstilstand, men at flere prinsipper fra både lovfestet og ulovfestet rett, skulle samles til én sentral politisk bestemmelse. Sentralt i dette arbeidet var å transformere det juridiske begrepet «privacy» inn i norsk rett, hvor utfordringen var at begrepet må forstås snevrere enn det tradisjonelle norske forståelse av «personvern», samtidig som den er mer omfattende enn den norske forståelsen av begrepet «privatlivets fred» (Stortinget, 2011, p. 172). Gjennom forarbeidene vises det at utformingen av Grl. §102 legger vekt på at man får balanse mellom den enkeltes rettigheter og behovet å trygge samfunnet gjennom å bruke begrepet «*respekt for*» fremfor en mer kategorisk ordbruk slik som «ukrenkelig». Ved bruk av denne «*respekt for*» formulering utelukkes det f. eks ikke at enkelte personer kan utsettes for inngripende overvåking eller kontrolltiltak, men da må vilkår og hjemmel for å ta disse i bruk være tilstede jf. legalitetsprinsippet. (Stortinget, 2011, p. 178)

For de fleste jurister og ikke-jurister fremstår kravet om respekt for de rettigheter nevnt i Grl. §102 første ledd, både lettfattelige og fundamentale grunnsetninger i en rettstat. En vil heller rette fokuset mot Grl. §102 andre ledd og begrepet «*personlig integritet*» som kan for mage være litt mer abstrakt. Lønning-utvalget la vekt på at uttrykket «*vern om den enkeltes personlige integritet*» skulle dette forstås personvern i vid forstand (Stortinget, 2011, p. 172) i relasjonen mellom den enkelte og det offentlige, ut fra personvernkommissjonen definisjon av personvern: «*Ivaretagelse av personlig integritet; ivaretagelse av enkeltindividers mulighet for privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse*» (NOU 2009: 1, Individ og integritet - Personvern i det digitale samfunnet, 2009, pkt 4.1.5 i NOU 2009:1 Individ og integritet). Dette for å hindre misbruk eller annen form for urettmessig bruk fra det offentlige side av disse opplysninger og trygge den enkeltes rettsikkerhet, samt en forpliktelse å beskytte de opplysninger staten besitter om den enkelte mot uvedkommende.

Lønning-utvalget foreslo samtidig at retten til personopplysningsvern skulle grunnlovsfestet i ny Grl. §102 andre ledd, men det viste seg i videre behandling av forslaget ikke fikk tilstrekkelig støtte.^{65, 66 og 67} Majoriteten i Stortingets kontroll og konstitusjonskomité fremhevet at hensikten med annet ledd i Grl. 102 er å være en politisk retningslinje og en skranke for lovgiver, ikke nødvendigvis en konkret rettsregel. Videre at man ønsket å ha en bestemmelse i harmoni med både EMK og EU's Charter of Fundamental Rights, Jf. Innst.186 S (2013-2014) pkt 2.1.9.

Betyr da utelatelsen av begrepet personopplysningsvern at dette feltet forblir uregulert og faller utenfor vernet av de grunnleggende menneskerettigheter?

For å svare på dette spørsmålet må vi se til hva begrepet «respekt for privatliv» omfatter i spørsmål om overvåking og kontroll. Lønning-utvalget uttaler her. «... den enkelte tildeles likevel ikke en udelt rett til å ha sitt privatliv i fred, men har rett til «respekt» for sitt privatliv.

Formuleringen utelukker derfor ikke at enkelte personer kan utsettes for overvåking og kontroll, men da må vilkårene for dette være til stede, jf. utvalgets forslag til begrensningshjemmel for rettighetene i Grunnloven, se kapittel 13. Det må imidlertid utvises respekt for privatlivet, selv under slik overvåking eller kontroll. I dette ligger at overvåking og kontroll kun kan finne sted så langt det er nødvendig for å avdekke alvorlige kriminelle forhold, av hensyn til rikets sikkerhet el.l. Inngrep i privatlivets fred, enten det er tale om overvåking eller annen kontroll, trenger samtidig uttrykkelig hjemmel i lov. Dette følger allerede av det ulovfestede legalitetsprinsipp, som utvalget også foreslår nedfelt i Grunnloven, jf. kapittel 41, og av EMK artikkel 8.» (Stortinget, 2011, p. 178).

Med dette og det som fremgår av Innst.186 S (2013-2014) pkt 2.1.9 samt forarbeidene til ny Grl.§113, så er det som naturlig å se at forpliktelse å respektere personopplysningsvernet blir ivaretatt gjennom legalitetsprinsippet i Grl. §113.

⁶⁵ «Personopplysningsvern: regler og standarder for behandling av personopplysninger som har ivaretagelse av personvern som hovedmål. Reglens formål er å sikre enkeltindivider oversikt og kontroll over behandling av opplysninger om dem selv. Med visse unntak skal enkeltpersoner ha mulighet til å bestemme hva andre skal få vite om hans/hennes personlige forhold.» jf. [NOU 2009:1](#) Individ og integritet, punkt 4.1.5. (Stortinget, 2011, p. 177)

⁶⁶ (Grunnlovsforslag 30 (2011-2012), Dok.nr.12:30 (2011-2012) Grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, 2012)

⁶⁷ (Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV, 2014 - pkt. 2.1.9)

Betydning for FSA polisiær virksomhet

Når formålet med polisiær virksomhet er å være normgivende gjennom en sekundærkontroll, vil det være stadige avveininger mellom krav om respekt av rettigheter etter Grl. §102 og krav til effektiv myndighetsutøvelse.

For politiets sin del, finnes det fra før av ulike skranker (f. eks Straffeprosessloven materielle regler for å kunne ta i bruk kommunikasjonskontroll) og sikkerhetsmekanismer (f. eks. tilgangen til telekommunikasjonsnett er styrt av private leverandører som er underlagt en offentlig tredjepartskontroll og holdes ansvarlige ved urettmessig tilgang til den informasjon de besitter), som gjør det vanskeligere for vilkårlig eller urettmessig bruk av inngripende metoder.

Men hvilken ringvirkning skaper Grl. §102 i andre offentlige myndigheter (f. eks FSA) som ligger utenfor politiet, men som utøver polisiær virksomhet?

For denne oppgave vil en måtte legge til grunn Lønning-utvalget uttalelser rundt dette punkt: *«For forvaltningen og domstolene vil en grunnlovsbestemmelse kunne fungere som ett av flere tolkningsmoment når det treffes konkrete avgjørelser. En grunnlovsbestemmelse om privatlivets fred/personvern kan også få særlig betydning når forvaltning og domstoler skal treffe beslutninger på områder hvor teknologien har gjennomgått en rivende utvikling på få år, og hvor det eksisterende lovverk er blitt hengende etter. For situasjoner som ikke var forutsett da lovverket ble til, vil grunnlovsbestemmelsen kunne være en viktig rettesnor ved fortolkningen av lovverket.»* (Stortinget, 2011, p. 176). Det er ikke funnet i de ytterligere forarbeider til grunnlovsvedtaket uttalelser som tilsier at lovgiver var uenig i utvalgets syn på dette punkt

For denne oppgaven legges det til grunn at revisjonen av Grl. §102 har etablert en prinsipiell bestemmelse som binder forvaltningen og herunder FSA. Den gir veiledning om hvilke hensyn som må tas inn i den helhetlige vurdering før det offentlige treffer sine beslutninger, både der det er et oppdatert lovverk eller nå dette mangler som regulerer myndighetsutøvelse. Fra før av vil de offentlige myndigheter også være bundet av legalitetsprinsippets rammer, men på ingen måte reduserer denne grunnlovsrevisjon handlingsrommet for blant annet det frie forvaltningskjønn, men påvirke hvilke momenter som tas i inn beslutningsgrunnlaget for dette skjønnet.

Uansett hvilken virksomhet eller sektor en jobber innenfor i samfunnet, så vil det være vanskelig å tilbakevise en påstand at skal man lykkes og treffe rett beslutninger til rett tid, må ens situasjonsforståelse være oppdatert og en må ha tilgang til ny relevant informasjon for å kunne oppdatere dette bildet. Nøkkelen til dette er informasjonstilgang og med utviklingen i teknologien som skjer hver dag fremstår mulighetene for slik tilgang som uendelige. Rettidig og korrekt informasjonstilgang er også nødvendig for enhver offentlig myndighet som utøver en eller annen form for polisiær virksomhet.

Ut fra de funn gjort i forarbeidene til Grl. §102 vil omfanget av dette politiske signalet også påvirke hvordan offentlige organer skal vurdere grensegangen mellom det å søke åpen tilgjengelig kunnskap for å forstå bakgrunnen for en problemstilling på ene siden og urettmessig overvåking / kontroll på den andre siden. Som tidligere belyst vil bruk av enkelte inngripende midler som skaffer til veie informasjon, kreve egen hjemmel i lov jf. Grl. §113 og læren om legalitetsprinsippet. For de ulovfestede metoder som gir tilgang til informasjon legges det til grunn grunnsetningen til Lønning-utvalget om at slik innhenting av informasjon skal utvise nødvendig grad av respekt for privatlivet og den personlige integritet (*Stortinget, 2011, p. 178*).

Med dette vurderes det at Grl. §102 hever lista for beslutningsgrunnlaget hvordan og når en offentlig myndighet som f. eks FSA utøver polisiær virksomhet kan innhente og behandle informasjon. Det neste spørsmålet er da om listen heves så høy at det innebærer reelt et forbud mot all innsamling av informasjon dersom det ikke finnes et hjemmelsgrunnlag?

For denne oppgave legges det til grunn at Lønning-utvalget og Stortinget i sin behandling av grunnlovsforslaget fremhevet to tilfeller som de ikke hadde til hensikt at Grl §102 skulle omfatte. Det første er at bestemmelsen ikke skal «...*verne om private eller sensitive opplysninger som myndige personer over 18 år gjør offentlig tilgjengelige om seg selv via digitale medier som for eksempel Facebook, Twitter eller private blogger...*» (Stortinget, 2011, p. 179).

Dersom den enkelte borger skal ha en reell privat autonomi som inkorporeringen av menneskerettighetene i Grunnloven tar sikte på, så må den enkelte fritt kunne velge hvilken informasjon om seg selv en gjør eller ikke gjør offentlig kjent. Samtidig er den logisk konsekvens av denne tanke at det en gjør offentlig kjent ikke lengre er et indre anliggende og behovet for å verne disse opplysninger bortfaller. Det andre tilfelle som det ikke var til hensikt å gi vern er «...*de personlige opplysninger man har fått tilgang til ved tilfeldigheter, eller de personlige opplysninger man sporadisk har innhentet uten noe særskilt formål*» (Stortinget, 2011, p. 179). Dersom dette ikke var tilfelle, ville det offentlige sin alminnelige handlefrihet bli så begrenset at evnen myndighetsutøvelse ville vært meget liten.

6. ETTERFORSKNING

I dette kapittelet gjøres det et dypdykk i enkelte av straffeprosessloven sine regler (strpl §224 og §226) for etterforskning. Og ser på f.eks hvordan begrepet «rimelig grunn» påvirker handlefrihet i mulighetsrommet mellom plikt og forbud å etterforske. Eller på hvilken måte formålsbetraktninger vil være av vesentlig betydning for offentlige myndigheter utenfor politiet sin politisære virksomheten. Forhold som er av betydning for å kunne svare på oppgavens hoved- og underspørsmål. Dette dypdykket gjøres sett opp mot drøftelsene i kap.2 og de ulike syn innenfor politivitenskapen rundt fordeler og ulemper ved en økning i politioppgaver for de militære styrker. For at leseren kan sette problemstillinger rundt etterforskning i kontekst og forstå hvordan det påvirker FSA politisære virksomhet ved mil.ke og lignende aktiviteter.

6.1. Innledning:

Begrepet «etterforskning» vil av mange forbindes med alt fra nyhetsaker til TV-serier om Sherlock Holmes, «Derrick» eller «CSI». Men hva er etterforskning egentlig? Bjerknes og Johansen beskriver hva etterforskning er i et historisk, juridisk, politifaglig, prosessuelt og vitenskapelig perspektiv. Felles for fagfeltene er at de utfyller hverandre. I denne oppgaven vil det primært bli fokusert på det juridiske perspektiv, men av hensyn til en helhetlig forståelse vil de andre perspektiv kort bli omtales. I

I et historisk perspektiv ses etterforskning ut fra fødselen av etterforskningsfaget ved den østerrikske juristen Hans Gross` bok om etterforskning fra 1889 og prinsipper om kunnskaps- og målstyrt arbeidsprosess for å avdekke faktum rundt, årsaker bak og konklusjoner om hvorvidt det foreligger en straffbar hendelse (jf.Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 20-21). Selv om det har funnet sted vesentlige endringer i arbeidsmetoder og forskning på feltet siden 1889 har disse grunntanker forblitt så å si uforandret. (jf.Bjerknes & Johansen, 2009, p. 22).

I det politifaglige perspektivet er etterforskning en metodikk for å rekonstruere og dokumentere omstendighetene rundt en straffbar handling (*reaktiv etterforskning*) eller for å forebygge eller avdekke en fremtidig straffbar handling (proaktiv etterforskning) (jf.Bjerknes & Johansen, 2009, p. 27).

I prosessperspektivet handler det om den helhetlige tilnærmingen og systematiske trinn en gjennomgår i etterforskningsprosessen, sett ut fra en dynamisk og kontinuerlig syklisk arbeidsmetode, hvor hovedtrinnene er ledelse – innhenting – analyse og distribusjon / korrigerings, (jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 28-29) . Til slutt gjenstår det vitenskapelige perspektiv, som omhandler hvilken vitenskapsteori og metodikk som ligger til grunn for arbeidet i en etterforskning. Den foretrukne metode i Norge er den hypotetisk-deduktive metode og bruk av falsifikasjon (jf. Bjerknes & Johansen, 2009, p. 30, kf. kap 2 - Etterforskningsmetoder).^{68 69}

I det juridiske perspektivet er etterforskning en formålsstyrt og lovregulert prosess som i hovedsak reguleres av straffeprosessloven (strpl.), straffeloven (strl.), forskrifter samt rundskriv fra Riksadvokaten (RA). Legaldefinisjonen og formålet med etterforskningen følger av strpl. §226, som omfatter både formål (bokstav a. til f.), unntak for person- og mentalundersøkelse, og etablerer grunnkrav til selve etterforskningen.⁷⁰

Vi skal være bevisst på at begrepet etterforskning ikke er altomfattende, grunnet at myndigheter (f. eks; Politi, Skatt, Toll og Forsvaret) som utøver polisiær virksomhet opererer innenfor det såkalte «tosporede system».⁷¹ Dette innebærer at den strafferettslige delen av myndighetsutøvelsen sorterer under påtalemyndigheten (jf. strpl. §225) under faglig ledelse og kontroll av Riksadvokaten, mens virksomhet som faller utenfor, er under faglig ledelse av den respektive etatsjef (eksempel Politidirektøren for politiet) (jf. Bjerknes & Johansen, 2009, p. 26).

Etterforskning deles videre inn i to hovedkategorier; *utenrettslig etterforskning* (utført av politi- og påtalemyndighet) herunder med bistand fra domstolene i spørsmål om bruk av tvangsmidler. *Rettslig etterforskning* (jf. strpl. §§ 237 til 248), en domstoladministrert prosess hvor kontradiksjonsprinsippet vektlegges, og hvor alle parter i en straffesak er tilstede for å kunne bidra til å opplyse saken (jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 25-26).

⁶⁸ «Den hypotetisk-deduktive metode tar utgangspunkt i en (hypo)tese H (en påstand eller antagelse) hvis holdbarhet man ønsker å undersøke. Dette gjør man ved å trekke (dedusere) slutninger (S) fra hypotesen» (Alnes & Tønnessen, 2015b)

⁶⁹ «Falsifisering, påvisning av at en teori (hypotese, påstand) er gal eller uholdbar.» (Alnes & Tønnessen, 2015a)

⁷⁰ For denne oppgaven vil strpl. §226, første ledd bokstav e. og f. samt 2.ledd om personundersøkelser og mentalobservasjon ikke bli omtalt nærmere, da dette ikke er relevant for FSA sitt mil.ke arbeid.

⁷¹ Begrepet «tosporede system» henviser at det finnes to parallelle systemer for å håndtere en hendelse/sak/oppgave og hvor disse systemene i teorien skal komplementere hverandre. (sml. Bjerknes & Johansen, 2009, p. 26)

I juridisk teori blir det fremhevet at det internt i politi- og påtalemyndighet skilles mellom to typer etterforskning (jf. T.-G. Myhrer, 2001, pp. 7-8 - siste avsnitt), den ene «søker å om å avklare hva som har funnet sted, men uten (ennå) å rette seg mot enkeltpersoner» og omtales som etterforskning på «saksnivå».⁷² Mens det andre er etterforskning på «personnivå», hvor innsamling av opplysninger «tar sikte på å avklare om enkelte personer kan *gjøres ansvarlig for handlingen*» (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 7). Sett opp Grl. §102 bestemmelser om personvern, fremhever Myhrer at det fra et personvernsperspektiv er det en høyere list for å starte eller å fortsette en etterforskning rettet mot ett eller flere individer, enn det er å starte en etterforskning på «saksnivå» (T.-G. Myhrer, 2001, pp. 7-8 - siste avsnitt). Jeg vil senere komme tilbake til skillet mellom etterforskning og de former for polisiær virksomhet som faller utenfor etterforskningsbegrepet.

⁷² Jf. Rettergang II Straffeprosess S.44-45 (Hov, 1999, pp. 44-45)

6.2. Horisontale grense - grunnlaget for etterforskning jf. strpl. §224, første ledd:

Før jeg redegjør nærmere for etterforskningens natur og virksomhet som faller utenfor etterforskningsbegrepet, er det nødvendig å forstå det juridiske grunnlaget for å starte en etterforskning jf. strpl. §224, første ledd.

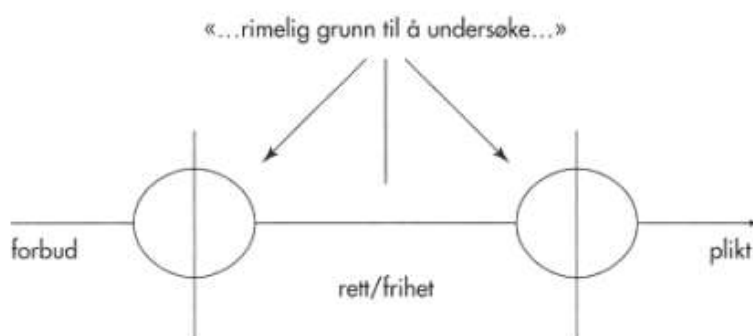
Myhrer omtaler dette som det horisontale skillet, som «...angir de vilkår som må være tilstede før det på bakgrunn av anmeldelser eller andre omstendigheter er adgang til å iverksette etterforskning» (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 7).

Hovedregelen for når en etterforskning kan finne sted følger av strpl. §224, første ledd:

«Etterforskning foretas når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige.»

(mine understrekninger).⁷³

Riksadvokaten viser til at regelen har to sider, den *antitetiske* som forbyr etterforskning der det ikke er rimelig grunn og den *opportunistiske* som gjør det mulig å velge forholdet man ønsker å forfølge (jf. Riksadvokaten, 1999- del 3, pkt.1, første avsnitt) . I juridisk teori uttrykker Myhrer at adgangen til å etterforske må ses ut fra et mulighetsrom som spenner seg fra der hvor etterforskning er forbudt, til gråsonen mellom rett/frihet til å iverksette, til det punktet det foreligger en plikt, som illustreres i figur.1:



Figur 1 – mulighetsrommet mellom forbud og plikt til å etterforske (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 13)

Ordlyden i strpl. §224 angir ett grunnkrav og to betingelser som skal vurderes for at en etterforskning kan iverksettes, og pedagogisk er det enklest å bryte de ned i omvendt rekkefølge, fra slutten til starten av lovteksten.

⁷³ Plikt / mulighet å etterforske omfatter også forhold nevnt i strpl. §224 2 til 4.leddfjerde ledd, dette omtales ikke i oppgaven da dette er forhold godt utenfor FSA sitt hjemmelsgrunnlag.

Den sentrale grunnkrav er at et *straffbart forhold* kan ha funnet sted, dette forutsetter at det foreligger på tidspunktet forholdet skjedde et straffebed som kan komme til anvendelse (Jf. i Grl. §96, jf. EMK art. 7 og SP art. 14 og jf. i Grl. §97, jf. EMK art. 7 og SP art. 14).

Dette følger av det tidligere omtalte *legalitetsprinsippet* herunder *klarhets-* og *tilgjengelighetskravet* som nevnt i kapittel 5. Intensjonen er å sikre forutberegnelighet for borgerne. Ordlyden i de to neste betingelser er gjensidig utelukkende, og kan hver for seg eller i felleskap utløse en etterforskning.

Den første betingelse er *«rimelig grunn»* som er en skjønnsmessig betegnelse for påtalemyndighetens sannsynlighetsvurdering av hvorvidt det kan ha skjedd et straffbart forhold.⁷⁴ Riksadvokatens rundskriv «RA-1999-9 Etterforskning» fastsetter tre kriterier som skal inngå i dette skjønnnet: «*sannsynlighet, proporsjonalitet (forholdsmessighet) og saklighet*» (jf. Riksadvokaten, 1999- del 3, pkt.3, andre avsnitt).

Sannsynlighet

Når det gjelder sannsynlighetskravet peker Riksadvokaten på at det skal legges til grunn ved skjønnsutøvelsen at det ikke bare er en «fjern mulighet» for at det har skjedd noe straffbart. Men at det skal foreligge troverdig informasjon, med en tids- og stedsangivelse (jf. Riksadvokaten, 1999- del 3, pkt.3, tredje avsnitt). Begrepet «rimelig grunn» er sammenliknbart med overveiende sannsynlighet. Høyesteretts kjæremålsutvalg har følgende tolkning: «*At det måtte være mer sannsynlig at siktede hadde begått handlingen enn at han ikke hadde det*» jf. Rt 1993 s.1302 (jf. Hov, 1999, p. 49). Myhrer viser til at det skal vurderes hvorvidt alle straffbarhetsvilkårene er oppfylt for å avgjøre om en etterforskning skal startes opp eller fortsette. I denne sammenheng tiltrer han Jo Hovs syn om at det eksempelvis skal gjøres etterforskning også overfor de som har diplomatisk immunitet (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 17).⁷⁵

⁷⁴ I sitt rundskriv understreker Riksadvokaten at formuleringen «rimelig grunn» innebærer en «utpreget skjønnsmessig vurdering» (jf. Riksadvokaten, 1999, p. 6 - avsnitt nr.3)

⁷⁵ Jf. strpl.§224 2.ledd gir adgang til å etterforske personer under den kriminelle lavalder, videre fremhever Myhrer at etterforskning må skje for saker som behandles jf. strpl.§2 (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 17).

Proporsjonalitet

Det følger av Riksadvokatens rundskriv RA-1999-3 (Riksadvokaten, 1999) og støttes av Myhrer (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 18) at det må foretas en kvalitativ vurdering av hvorvidt det er *proporsjonalt* å iverksette en etterforskning.

I *proporsjonalitetsvurderingen* inngår faktorer som alvorlighetsgrad, hvilke etterforskningstiltak som er nødvendige for å undersøke saken, om disse vil innebære inngripende / negative virkninger ovenfor den aktuelle personen, om det skal være en åpen eller lukket undersøkelse samt hensynet til potensiell foreldelse av straffansvar (jf.Riksadvokaten, 1999- del 3, pkt.3, fjerde avsnitt).

Saklighet

Det siste er saklighet i etterforskningen, det vil si at motivet bak etterforskningen skal være objektiv. Avgjørelsen om å etterforske skal ikke påvirkes av en person status eller posisjon, ei heller er motivert av årsaker som er politiske, økonomiske eller stammer fra personlige forhold (jf.Riksadvokaten, 1999- del 3, pkt.3, femte avsnitt). Myhrer går videre og fremmer at i tillegg til rundskrivets egne bestemmelser, finnes det han benevner som «sidehensyn» (de benevnes også som «biformål» *da berører også strpl. §226*) som kan vektes inn i saklighetsvurderingen.⁷⁶ Samtidig understreker Myhrer at: «Disse kan ikke alene begrunne at etterforskning settes i verk, men kan bevirke at den gis et større omfang eller varer lenger enn hovedhensynene skulle tilsi.» (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 17 - avsnitt nr.2).

Den andre omstendighet er hvor en formell anmeldelse foreligger. Etter en normal språklig forståelse vil en anmeldelse resultere i at politi og påtalemyndigheten befinner seg nært pliktdelen i mulighetsrommet som vist i figur 1. Rundskrivet til Riksadvokaten tar forbehold om at anmeldelser som befinner seg i ytterkant av gråsonen mot punktet der etterforskning er forbudt, som f. eks «*bærer preg av å være, motivert av usaklige hensyn som sjikane, skadehensikt, hevn eller ønske om å bedre anmelderens egen posisjon*», eller «*gjelder sivilrettslige forhold*» ikke nødvendigvis utløser etterforskningsplikt (jf.Riksadvokaten, 1999- del 3, pkt.1, andre avsnitt). En kan her stille spørsmålet i hvilken grad anonyme tips og anmeldelser kan utløse plikt å etterforske. Johs. Andenæs mener at det ikke kan utelukkes at informasjon som er tilkommet politiet anonymt kan medføre at det foreligger en plikt å etterforske (jf.Johs. Andenæs & Myhrer, 2009, p. 251).

⁷⁶ Eksempler på slike biformål: opprettholdelse av sosiale ro, opprettholdelse av tilliten til rettssystemet og straffepålegg samt for å renvaske den som er tidligere funnet skyldig (jf.T.-G. Myhrer, 2001, pp. 14-16)

Påtalemyndighet på stående fot – bruk av opportunitetsprinsippet rundt strpl. §224

Ordlyden i strpl. §224 kan tolkes dithen at en tjenestemann i en offentlig etat som utøver politisær virksomhet har en ubetinget plikt å anmelde alle lovbrudd vedkommende kommer over. Strpl. §225 fastsetter rollefordelingen mellom politi og påtalemyndighet, men ilegger ingen tjenesteplikt til å anmelde. Hjemmelsgrunnet for politiets konkrete arbeidsoppgaver, eksempelvis politiloven §6 gir heller ingen eksplisitt tjenesteplikt for den som utøver politimyndighet å anmelde ethvert lovbrudd.

Det følger av politiloven § 6 og støttes av juridisk teori (jf.Hov, 1999, p. 45) og (jf. Johs. Andenæs & Myhrer, 2009, p. 250) at ved utøvelse av politimyndighet kan den enkelte tjenestemann utøve opportunitetsprinsippet ut fra eget skjønn. Dette innebærer at vedkommende kan avgjøre hvorvidt et forhold enten skal anmeldes og etterforskes, eller om man skal løse saken på stedet («gi advarsel» jf. politiloven § 6 også kalt «oppgjort på stedet» (jf.Hov, 1999, p. 45) gjennom en minnelig løsning som ikke innebærer ytterligere straffeprosessuelle skritt. En slik ordning har en klart praktisk begrunnelse ved at man forebygger generering av småsaker som senere blir henlagt på grunn av manglende kapasitet, og bidrar til at tjenestemenn kan opptre fleksibelt fremfor drakonisk i sin oppdragsløsning, og dermed kan bygge tillit ved å dempe oppfatningen at politiet bare er ute etter å ta «noen».

At det både finnes et politifaglig behov og et hjemmelsgrunnlag til for utøvelse av politimyndighet ved bruk av skjønn vekker ikke store diskusjoner. i juridisk teori diskuteres det imidlertid behovet for en formalisering av opportunitetsprinsippet, jf. strpl §69, samt hva som bør være den øvre grense for når det kan utvises skjønn ved å unnlate å anmelde et straffbart forhold. Sistnevnte er aktuelt da det foreligger en reell risiko for ulik praksis mellom politidistriktene. Formalisering av ordningen med å gi en advarsel fremfor å anmelde et straffbart forhold ble foreslått av Bratholm-utvalget i 1992 (jf.Bratholm, 1992, p. 291) og Høgtveit-utvalget fulgte så opp 10 år senere i forslaget til ny i strpl.§67, sjuende ledd (jf.Høgetveit, 2002, pp. 466-467). Anbefalingene ble ikke fulgt opp fra lovgivers side. Praksisen må derfor vurderes å være regulert etter retningslinjer gitt av Riksadvokaten og interne instruksjer.^{77 78}

⁷⁷ Eksempel på intern instruks: Justisdepartementets instruks av 1.desember 1993, pkt.10.

⁷⁸ (Jf.Auglend, Mæland, & Røsandhaug, 1998, p. 361)

I sin masteroppgave i rettsvitenskap fra juridisk fakultet ved UiO peker Wenche M. Kåsa på at den uregulerte bruken av opportunitetsprinsippet medfører at det blir etablert en sedvane som er en forlengelse av påtalemyndighetens bruk av opportunitetsprinsippet (jf. Ekanger, 1981, p. 159) (jf. Kåsa, 2004, pp. 24-27). Kåsa viser til at de politirettslige grunnprinsippene setter skranker for den materielle kompetansen ved utøvelse av politimyndighet jf. politiloven § 6 (behov, proporsjonalitet, saklighet og likhet). Disse må ses i sammenheng med sannsynlighets-, saklighets- og proporsjonalitetskravene i strpl. § 224, for å synliggjøre hvilke kriterier en tjenestemann skal anvende når det vurderes hvorvidt et forhold skal anmeldes.^{79 80 81 82}

Forutsetningen for å kunne benytte skjønn om hvorvidt et forhold skal anmeldes jf. strpl. § 224 er at man befinner seg i gråsonen for «rimelig grunn» for hvorvidt man skal etterforske jf. Figur. 1 (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 13). Ved en formell anmeldelse bortfaller adgangen til å gi en advarsel fremfor å anmelde jf. politiloven § 6, første ledd (jf. Hov, 1999, p. 45- «oppgjort på stedet»). Disse saken avgjøres av påtalemyndigheten jf. strpl. §§ 75 og § 225.

⁷⁹ **Behovsprinsippet** (jf. Kåsa, 2004, pp. 21-22): tiltak utført av den som har politimyndighet skal være nødvendig eller påkrevd. Hvorvidt det er behov for å gjøre inngrep er situasjonsavhengig ut fra den aktuelle risiko og fare for skade. Behovet må stå i forhold til proporsjonaliteten som jeg omtaler i neste punkt, men det skal være av et omfang som gir den ønskede virkning og mest hensiktsmessige løsning. Prinsippet forankres i Politil. §6, 1.ledd og Politilinstruksen §3-1, og er også relevant opp mot konvensjonsforpliktelser jf. Grl. §92 og sikringsplikter ved inngrep i den personlige rettssfære f. eks etter EMK art.5 1.ledd og Art.11 2.ledd.

⁸⁰ **Proporsjonalitetsprinsippet** (jf. Kåsa, 2004, p. 22): Ved utøvelse av politimyndighet skal målet en søker å oppnå stå i forhold til det middel en bruker. En kan gjerne beskrive dette som en kost- / nyttevurdering der ulempen for den enkelte veies mot samfunnets behov. Denne vurdering er situasjonsavhengig ut fra omstendighetene og vil være klart knyttet til behovsprinsippet. Prinsippet forankres i Politil. §6, 2.ledd og Politilinstruksen §3-1, 1.ledd og §3-2, 1.ledd, og må ses i sammenheng med sikringsplikten vedrørende konvensjonsforpliktelser etter EMK art. 5 og art.8, 2.ledd.

⁸¹ **Saklighetsprinsippet** (jf. Kåsa, 2004, p. 22): Den som utøver politimyndighet har et selvstendig ansvar for å opptre upartisk og saklig, ved å vise objektivitet i sin myndighetsutøvelse og ikke vektlegge utenforliggende hensyn. Dette forankres i Politil. §6, 3.ledd og Politilinstruksen §3-1, 4.ledd).

⁸² **Likhetsprinsippet** (jf. Kåsa, 2004, p. 23): Kjernen i prinsippet er lik behandling i like tilfeller. Men når en skjønnsmessig regel skal anvendes på stående fot og under tidspress vil det være vanskelig å få konsistent anvendelse. Prinsippet er et ideal, men det åpnes samtidig i juridisk litteratur for at det vil måtte godtas enkelttilfeller av forskjellsbehandling (jf. Auglend et al., 1998, p. 356) Til forskjell for de øvrige prinsipper finner en ikke hjemmelsgrunnlaget direkte i Politiloven §6, men dette kan etter 2014 utledes både fra Grl. §98, sedvane og juridisk teori gjennom forvaltningsrettens myndighetsmisbrukslære (jf. Auglend et al., 1998, p. 364) (jf. Bernt, 1978).

Når det gjelder den øvre grense må det ses hen til føringene gitt i RA-1999-3 på side 3 i avsnitt nr.8 (Riksadvokaten, 1999), hva som fremgår av juridisk teori (jf.Hov, 1999, p. 45) (jf. Johs. Andenæs & Myhrer, 2009, p. 250), samt behovs- og proporsjonalitetsprinsippet (jf. Kåsa, 2004, pp. 21-22) for å gi svar på dette. Det fremstår klart at slike løsninger primært er forbeholdt saker som kan betegnes som «bagatellmessige straffbare forhold» (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 11 - avsnitt nr.2). Disse befinner seg i det nedre sjikt (i retning mot det punkt der det er forbudt å etterforske) i det mulighetsrommet som Myhrer skisserer for vurdering av «rimelig grunn» til å etterforske jf. Figur.1 (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 13) .

Fortsettelse av en etterforskning jf. strpl. §224

Strpl. §224 regulerer ikke bare hvorvidt en etterforskning kan iverksettes, men også hvorvidt nye etterforskningskritt skal tas, samt etterforskningens rammer.

Kriteriet Riksadvokaten fastsetter i denne forbindelse er: «*rimelig grunn*» (jf.Riksadvokaten, 1999, p. 7 - punkt 4, avsnitt nr.1). Anvendelse av strpl. §224 vil avhenge av hvorvidt man befinner seg på saks- eller personnivå i selve etterforskningen. Det som skiller nivåene er at etterforskning på personnivå vil bli målt opp mot de samme vurderinger som ved begynnelsen av etterforskning; *sannsynlighets-, proporsjonalitets- og saklighetsprinsippene* (jf.Riksadvokaten, 1999, p. 7 - punkt 4, avsnitt nr.4). Samtidig understreker Riksadvokaten at etterforskningen ikke er låst til den ene eller det andre nivået, men er gjenstand for kontinuerlig vurdering (jf.Riksadvokaten, 1999, pp. 7-8 - punkt 4, avsnitt 5-6).

Domstolsprøving av «rimelig grunn» jf. strpl. §224

Myhrer påpeker at når domstolene har både har en primærkompetanse og en etterkontrollerende rolle i strafferett / straffeprosessen. Samt jf. strpl. §170a. prøver forholdsmessighet ved bruk av tvangsmidler (T.-G. Myhrer, 2001, p. 21). Må det antas at det finnes en prøvingsrett, spørsmålet er hvor hva som er grensene for prøvingsretten? Myhrer fremhever at for saklighetsvurderingen i etterforskningen må det foreligge full prøvingsrett, da dette anses på samme måte som i den øvrige forvaltningen med tanke på behov for ekstern kontroll av hoved- side- og ikke-hensyn (jf. Stub, 2011, p. 91 - "allminnelige skjønnskranker") (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 22 - kf. eksempel i RG-1999-128).

Når det gjelder vurdering av sannsynlighet og proporsjonalitet mener Myhrer på den annen side at prøvingsretten av «rimelig grunn» er mer begrenset, for å ivareta rollefordelingen mellom politi og påtalemyndighet og domstolene (T.-G. Myhrer, 2001, pp. jf.22-23). I 2015 ble prinsippet som domstolenes prøvingsrett grunnlovsfestet, jf. GrL. § 89.⁸³ I innstillingen til Stortinget uttalte kontroll og konstitusjonskomiteen: *«Det er på det rene at domstolene både kan prøve om forvaltningens beslutninger er i overensstemmelse med norsk lovgivning, og om lovgivning og forvaltningsvedtak er i overensstemmelse med Grunnloven. Dette innebærer for det første at forvaltningens forskrifter kan bli satt til side, og at forvaltningens enkeltvedtak kan bli ansett som ugyldige dersom de er truffet i strid med menneskerettigheter i lov eller grunnlov»* jf. Innst.263 S (2014-2015).⁸⁴ En kan ikke utelukke at prøvingsretten og legalitetskontrollen av «rimelig grunn» vurdering hos domstolene har som følge av dette blitt utvidet.

Relevans for FSA sin polisiære virksomhet

Jf. Forskrift om sikkerhetsadministrasjon §5-4 fastsettes det som en tjenesteplikt for offentlig ansatte å rapportere sikkerhetstruende hendelser. Hvor mulige sanksjoner for å unnlate å følge opp bestemmelsene er for militært ansatte disiplinærreaksjon eller straff for brudd på tjenesteplikter jf. disiplinærloven §1 og militær straffelov §77 og §78, mens sivilt tilsatte kan ilegges ordensstraff etter tjenestemannsloven §14.

Som ansatt i Forsvaret må det tas stilling hvorvidt plikten til å rapportere er en ubetinget «tjenesteplikt». Videre om bruk av opportunitetsprinsippet er relevant. I likheten med situasjonen for politiet, finnes det ingen regulering i nåværende militær straffelov eller i den opphevede militære rettergangslov fra 1921 hvordan opportunitetsprinsippet i Forsvaret skal utøves. Det følger videre av strpl. §478 at: *«ved etterforskning og bruk av tvangsmidler likestilles militærpoliti og militære befalingsmenn med polititjenestemenn»* (min understrekning). Av bestemmelsens ordlyd, herunder bruk av ordet «likestilles» er det naturlig å utlede at personell ved FSA etter de samme prinsipper (*behov, proporsjonalitet, saklighet og likhet*) som ligger til grunn for utøvelse av polititjeneste.

⁸³ Prøvingsretten må også ses i lys av § 92 , jf. EMK art. 13 og retten til en «effectiv remedy»

⁸⁴ (Innst.263 S (2014-2015) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, romertall X (forbud mot dobbeltstraff) og romertall XXIV (domstolenes prøvingsrett), 2015)

Hvorvidt en kan anvende oppportunitetsprinsippet for å avgjøre hvorvidt en skal gå videre med et forhold som kan resultere i en reaksjon eller en anmeldelse, eller om man skal løse saken på stedet (jf. Hov, 1999, p. 45). I likhet med hva gjelder for politiet er slike løsninger forbeholdt saker i det nedre sjikt (i retning mot det punkt der det er forbudt å etterforske) i mulighetsrommet Myhrer skisserer for vurdering av «rimelig grunn» til å etterforske jf. figur.1 (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 13).⁸⁵

I motsetning til hva som gjelder for politiet vil ikke en skriftlig rapport utarbeidet i etterkant av hendelsen (forskr. sikkerhetsadm. § 5-4) ha samme virkning som en formell anmeldelse og derved avskjære mulighet for anvendelse av oppportunitetsprinsippet, da dette er primært en forvaltningsrettslig handling. Dette utledes av at FSA i kraft av sitt hjemmelsgrunnlag (jf. "Instruks om sikkerhetstjeneste i Forsvaret," 2010, §4 bokstav a.) har det overordnede ansvaret for utøvelse av sikkerhetstjeneste i Forsvaret og er dermed det organ som tar den endelige avgjørelse om hvorvidt det foreligger brudd på regelverket.

Personell ved FSA vil derimot kunne gjøre seg skyldig i brudd på tjenesteplikter (f. eks ved sletting av e-poster med rapporter uten at disse behandles) dersom krav om rett rapportering ikke etterleves. Sistnevnte kan være til hinder for effektiv internkontroll (jf. "Instruks om sikkerhetstjeneste i Forsvaret," 2010, §4 bokstav b.).

For saker som FSA har tatt opp til behandling, vil handlingsregler utledet fra strpl. § 224 kunne påvirke hvorvidt om det skal gjøres nye tiltak, hvilket omfang disse skal ha, samt hvor langt saken kan utredes. FSA kan støtte seg på handlingsregelen om «*rimelig grunn*» (jf. Riksadvokaten, 1999, p. 7 - punkt 4, avsnitt nr.1).⁸⁶ Det vurderes at FSA kan anvende strpl. § 478 ut fra en analogisk tolkning for åpne for bruk av oppportunitetsprinsippet i saksbehandlingen.

Ved å legge til grunn de samme kriterier som ved politiets utøvelse av politimyndighet jf. strpl. §224, RA-1999-3 (Riksadvokaten, 1999) og juridisk teori (T.-G. Myhrer, 2001), vil FSA kunne styrke oppfatningen om ivaretagelse av den enkeltes rettsikkerhet og opptrer proporsjonalt med tanke på den aktuelle sikkerhetsrisiko jf. sikkerhetsloven § 6 og jf. Instruks om sikkerhetstjeneste i Forsvaret § 1, 1. ledd.

⁸⁵ Disse betegnes som «bagatellmessige straffbare forhold» (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 11 - avsnitt nr.2).

⁸⁶ FSA vil også måtte se hen til hvorvidt man befinner seg på saks- eller personnivå (jf. Riksadvokaten, 1999, p. 7 - punkt 4, avsnitt nr.4).

6.3. Den vertikale grense - etterforskningsformålet etter strpl. §226, 1.ledd

Det neste punktet en skal se på er det Myhrer benevner som den vertikale avgrensning- er «*skillet mellom etterforskingssporet og andre spor*» (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 7).

Formålsbetraktning

Hva gjør en etterforskning unik? Riksadvokaten formulerer det slik: «*Etterforskning er ikke en mer eller mindre tilfeldig innsamling av fakta, men en formålsstyrt virksomhet.*

Den faktainnsamling som etterforskningen består i, skjer med rettslige normer som bakgrunn, ramme og mål. Det er bare rettsrelevante fakta som er av interesse» (jf.Riksadvokaten, 1999- del 2, pkt.1, heretter benevnt som "RA-1999-3"). Riksadvokaten fremhever at «*Avgjørende for om en virksomhet er etterforskning er dens formål*» (jf.Riksadvokaten, 1999- del 2, pkt.2).

Over tid har utgangspunktet fra RA-1999-3 vært gjenstand for flere utredninger og forskningsprosjekter. I denne oppgave tas det utgangspunkt i RA-1999-3 og Myhrers rapporten «*kvalitet i etterforskningen*», hvorav fremgår at: «*Etterforskning er en formålsbestemt innsamling av informasjon for å avklare om det er grunnlag for å reagere strafferettslig mot noen for en utvist atferd. Denne nedre avgrensningen innebærer at også undersøkelser som foregår i det skjulte og kanskje ennå ikke er rettet mot noen bestemt (e) person(er), er å regne som etterforskning.*» (jf.T. G. Myhrer, 2015, p. 14)

Forankring for dette synet og en opplisting av formål som kan legges til grunn for en etterforskning fremkommer av strpl. § 226, første ledd, bokstav a til f.

«Formålet med etterforskningen er å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for

- a. å avgjøre spørsmålet om tiltale,*
- b. å tjene som forberedelse for rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld og eventuelt spørsmålet om fastsettelse av reaksjon,*
- c. å avverge eller stanse straffbare handlinger,*
- d. å fullbyrde straff og andre reaksjoner,*
- e. å tjene som forberedelse for barneverntjenestens behandling av spørsmålet om det skal sette i verk tiltak etter lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester, og*
- f. å tjene som forberedelse for behandling i konfliktrådet.»*

Ordlyden i loven gir ikke videre veiledning for hvordan en skal tolke strpl. §226 bokstav a til f.⁸⁷ For denne oppgave legges det til grunn forarbeidene til nåværende strpl. §226, 1.ledd, bokstav c (jf. Ot. Prop. nr. 60 (2004-2005)). Videre juridisk teori (jf.T.-G. Myhrer, 2001) for gjeldende § 226, 1.ledd, bokstav a, b og d.

Til strpl. § 226, 1.ledd, bokstav a har Myhrer i sin artikkel følgende tolkning av det materielle innholdet:

Å avgjøre spørsmålet om tiltale: Dette omfatter både opplysninger som er nødvendig for å ta standpunkt til skyldspørsmålet, dvs. om det er tilstrekkelig bevis for at mistenkte har foretatt en straffbar handling, eller om saken må henlegges. Men etterforskingen skal også fremskaffe opplysninger til avgjørelse om det skal reageres med tiltale, begjæring om dom i forhørsrett, forelegg, påtaleunntatelse eller overføring til konfliktråd.» (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 8 - pkt.2) (mine understrekninger).

Hva gjelder strpl. § 226, 1.ledd bokstav b. utaler han: «b) Å tjene som forberedelse for rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld og eventuelt spørsmålet om fastsettelse av reaksjon: Når saken fremmes for retten, skal etterforskningsmaterialet inneholde de opplysninger som er nødvendige for sakens fullstendige opplysning både vedrørende skyld- og straffespørsmålet.» (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 8 - pkt.2) (mine understrekninger).

⁸⁷ Som tidligere nevnt vil strpl. § 226 bokstav e. og f. samt 2.ledd om personundersøkelser og mentalobservasjon ikke bli omtalt nærmere da disse ikke er relevante for FSAs arbeid.

Strpl. §226, 1.ledd, bokstav c omhandler avverging av fremtidige eller avbrytelse av pågående lovbrudd. Bestemmelsen ble innført i 2005 på bakgrunn av et identifisert behov for å modernisere lovverket knyttet til bruk av romavlytting og andre tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet.^{88 89 90} Dette er derfor ikke omtalt i RA-1999-9 (Riksadvokaten, 1999) .

I forarbeidene la Justis- og politidepartementet til grunn for lovforslaget til ny bokstav c at grensegangen mellom etterforskning og annen polisiær virksomhet i mindre grad skulle baseres på gjerningstidspunktet, men heller ta hensyn til om en straffbar handling er begått eller hvorvidt en slik handling er i ferd med å skje (Justisdepartementet, 2005 - pkt. 4.5.2 - avsnitt nr.2).

Departementet begrunner behovet for å ha klarere grenser ved et avvergende formål slik at det ikke kommer i konflikt med andre formål. Departementet skriver: *«Er det først åpnet etterforskning, er departementets holdning at politiets bruk av tvangsmidler må anses som en del av etterforskningen, selv om hovedformålet i en bestemt situasjon er å stanse eller avverge en straffbar handling»* (Justisdepartementet, 2005, p. 42 - siste avsnitt). Har man først åpnet en etterforskning kan ikke bruk av tvangsmidler dekkes under andre formål enn de som fremkommer etter strpl. §226.

⁸⁸ Følgende utredninger oppgis som bakgrunn for lovforslaget

- (NOU 2003:18 Rikets sikkerhet Straffelovkommisjonens delutredning VIII, 2003)

- (NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed, 2004)

⁸⁹ Ot.Prp . nr. 60 (2004-2005) gir ikke noe klar definisjon av hva som regnes som organisert og annen alvorlig kriminalitet, for denne oppgaven legges til grunn følgende: *«Kjennetegn ved den organiserte kriminaliteten er dens mobilitet og grenseoverskridende karakter ved at den opptre både innenfor, og på tvers av landegrenser. Den går etter vinning og makt. Hvilket kriminalitetsområde det opereres på, avhenger av hva som til enhver tid gir mest profitt, vurdert opp mot oppdagelsesrisiko og straffereaksjoner. De kriminelle anslagene er ofte målrettede, godt planlagte, og de utøves i det skjulte av lukkede, kriminelle grupper og nettverk. De organiserte gruppene og nettverkene har ofte store ressurser, og tilpasser seg fort til endrede samfunnsforhold, lovgivning, mottiltak mv.»* (Meld.St.7 (2010-2011) Kampen mot organisert kriminalitet - en felles innsats (Meld.St.7 (2010-2011), Innst.300 S (2010-2011)), 2011, p. 7)

⁹⁰ Følgende kriminalitetstyper nevnes i Stortingsmelding nr.7 (2010-2011) s.9, som gjengs oppfattelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet: *Narkotikasmugling, menneskehandel og menneskesmugling, IKT-kriminalitet, alvorlig økonomisk kriminalitet, forfalskninger, våpensmugling og -handel, terrorisme, mobil og organisert vinningskriminalitet, MC-kriminalitet, annen gjengkriminalitet, det organiserte ransmiljøet, hvitvasking, korrupsjon og krenkelse av immaterielle rettigheter. Samt ulovlig, urapportert og uregulert fiske.* (Meld.St.7 (2010-2011) Kampen mot organisert kriminalitet - en felles innsats (Meld.St.7 (2010-2011), Innst.300 S (2010-2011)), 2011, p. 9)

Videre vektlegger også departementet at endringen tydeliggjør hvilken betydning bruken av innhentet informasjon kan ha med tanke på å bestemme hvorvidt det foreligger en etterforskning eller ikke jf. strpl. § 226.⁹¹ Departementet legger til grunn at informasjonsinnhenting der «*mulige utfall er at informasjonen kan komme til å bli brukt som ledd i strafforfølgning*» og / eller der en «*anvender tvangsmidler for å skaffe til veie informasjon som gjør det mulig å avverge eller straffefølge handlingen*» er den nedre terskel for når jf. strpl. § 226, 1.ledd, bokstav c. kommer til anvendelse (jf. Justisdepartementet, 2005, p. 43 - første avsnitt). Departementet fastslår med dette at dersom ett av de to kriteriene foreligger, vil det foreligge en etterforskning.

Det kan spørres om man kan unngå å definere virksomheten som etterforskning ved å formulere et hovedformål utenfor rammene til strpl. §226. I kildegrunlaget for denne oppgave kan jeg ikke finne noen gode argumenter for en slik løsning. Derimot har Justisdepartementet uttalt i forarbeidene til ny strpl. §226, 1.ledd, bokstav c at om regelen kun legge vekt på et hovedformål ville det medføre risiko for å innføre et krav om hjemmelsgrunnlag som er så vidtrekkende at det kan støte an mot *forutberegnelighets- og klarhetskravene i legalitetsprinsippet* i Grl.§ 113 (jf. Justisdepartementet, 2005, p. 43 - siste avsnitt). Departementet mener videre at hvis en slik forståelse av bokstav c skulle legges til grunn, ville det medføre fare for fiktiv bruk av forebyggende formål for å omgå etterforskningsbegrepet. Eller for å øke handlingsrommet i en etterforskning ved å ta i bruk metoder som ikke er tillatt .

Begge tilfeller vil potensielt være imot sikringsplikten ovenfor den enkelte borger jf. Grl.§ 92. (jf. Justisdepartementet, 2005, p. 43 - siste avsnitt),

⁹¹ Utdrag fra Ot.Prp.nr. 60 (2004-2005) s.43, første avsnitt:

«*Riksadvokaten legger i sitt rundskriv nr. 3/1999 til grunn at det er å anse som etterforskning når politiet innhenter informasjon og ett av flere mulige utfall er at informasjonen kan komme til å bli brukt som ledd i strafforfølgning. Det betyr at politiet bedriver etterforskning når det foreligger konkrete opplysninger om at en alvorlig straffbar handling (for eksempel en terrorhandling) planlegges utført, og politiet anvender tvangsmidler for å skaffe til veie informasjon som gjør det mulig å avverge eller straffefølge handlingen.*» (Justisdepartementet, 2005, p. 43 - første avsnitt)

Hva gjelder nåværende strpl. §226, 1.ledd, bokstav d skriver Myhrer følgende om formålet med bestemmelsen: *«Å fullbyrde straff og andre reaksjoner. Dette punkt ble tilføyd ved lovendringen av 11. juni 1999 for å tydeliggjøre at etterforskningen må innrettes slik at den fremskaffer opplysninger av betydning for gjennomføring av bl.a. inndragning. (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 8 - pkt.2) (mine understrekninger). Det er ikke mulig ut fra Myhrers tekst å utlede direkte hva som faller inn under «andre reaksjoner» i strpl. §226, 1.ledd, bokstav d. For å få et utdypende svar må en se til forarbeidene til lovendringen i 1999, og Justisdepartementet sine merknader i Ot. Prp. nr. 8 (1998-1999) til endringer i strpl. § 226, hvor departementet uttaler: «... Men inndragning er ikke den eneste reaksjonen som kan foranledige etterforskning. Det kan for eksempel også være aktuelt å etterforske når det er spørsmål om å idømme særreaksjoner, samfunnstjeneste eller betinget dom med promilleprogram.» Og «... også i andre tilfeller kan det være behov for å etterforske i forbindelse med fullbyrdingen av en reaksjon, for eksempel ved søknader om benådning eller soningsutsettelse eller hvis lovbryteren unndrar seg fullbyrding av straff.» (Justisdepartementet, 1998, p. 77)*

Det legges merke til at justisdepartementet ikke fastslår at begrepet «andre reaksjoner» skal kun forstås som reaksjoner ilagt etter strafferettens regler. Med dette som bakgrunn legges det til grunn for denne oppgaves del, at ordlyden i departementets uttalelser i Ot.Prp. nr. 8 (1998-1999) åpner for at enhver formell reaksjon som kan ilegges av de offentlige myndigheter ovenfor den enkelte med hjemmel i lov, kan danne grunnlaget for et formål jf. strpl. §226, 1.ledd, bokstav d.

Avgrensning mot andre formål

I innledningen ble det understreket at begrepet etterforskning ikke er altomfattende. For at det offentlige skal kunne løse sine samfunnsoppgaver utøves det daglig av politiet og andre offentlige myndigheter som av ulike årsaker ikke faller inn under etterforskningsbegrepet.

Riksadvokaten uttaler at når formålet bak virksomheten ikke oppfyller vilkårene etter strpl. §226, er hovedregelen at den ikke faller inn under etterforskningsbegrepet (jf. Riksadvokaten, 1999, pp. 3-4 - 1ste og 3de avsnitt).

Riksadvokaten påpeker at det er den «ansvarlige myndighet» egen forståelse av formålet som legges til grunn for å vurdere om man bedriver etterforskning. Samtidig stilles det krav til en løpende vurdering av formålet, som fordrer kunnskap hos den ansvarlige myndighet.

I sin artikkel fra 2001 viser Myhrer for politiets sin virksomhet det vertikale skillet når det gjelder formålsbetraktning (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 10) mellom etterforskning og annen virksomhet med følgende illustrasjon:

Informasjon/veiledning	
Ordenstjeneste	
Forvaltningsvirksomhet	
Utlendingskontroll	
Forebyggende/ avvergende virksomhet	
Strategisk kriminalanalyse eller strategisk kriminaletterretning	
Formål: Annet enn straffefølgning	Formål: Straffefølgning

Figur 2 - Illustrasjon av den vertikale avgrensning (T.-G. Myhrer, 2001, p. 10)⁹²

⁹² Etter strpl. § 226, 1.ledd, bokstav c vil **avvergende virksomhet** nå falle inn under definisjonen av etterforskning.

Av særskilt interesse for FSAs politisære virksomhet innenfor militær kontraetterretning er forvaltning, forebyggende virksomhet, avgrensende undersøkelser og etterretning / analyse som ikke overstiger nedre terskel jf. strpl §226. Når det gjelder forvaltningsvirksomhet vil dette bli omtalt i eget kapittel.

Forebyggende formål

Begrepet «forebyggende» kan bety så mangt. Mange vil assosiere begrepet med politiets generelle kriminalitetsforebyggende arbeid. Samtidig har politiet også spesialisert forebyggende virksomhet, eksempelvis PSTs arbeid mot ekstreme miljøer for å forhindre radikaliserings. For denne oppgavens del legges det til grunn at *forebyggende virksomhet* skal forstås som utadrettet politisær virksomhet som er forenelig med definisjonen i NOU 2004:6. Det fremgår der at: «*Rent språklig betyr forebygging å forsøke å hindre at noe uønsket inntre*» (jf. NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed, 2004, p. 31 - pkt. 3.1.1 første setning).^{93 94}

Hvor vidt kan begrepet *forebyggende virksomhet* tolkes?

Myhrer skrev i 2001 at «*Avgrensingsproblemer oppstår her når den forebyggende tjeneste blir konkret, og er basert på opplysninger om at straffbare handlinger planlegges utført*» (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 10). Det pekes på at utfordringene primært oppstår når man går fra det generelle til det mer spesifikke ved informasjonsinnhenting.⁹⁵ I NOU 2004:6 la majoriteten av utvalget vekt på at forebyggende formål eksisterer så lenge det ikke er mistanke om at en straffbar handling er begått, eller det nær tid forberedes en ny straffbar handling (jf. NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed, 2004, p. 16 - pkt 1.3.1). Justisdepartementet har et tilsvarende syn i Ot.Prp.nr.60 «2004-2005»: «*en virksomhet hvis siktemål er å avklare om et straffbart forhold finner eller har funnet sted, er å anse som etterforskning*» (jf. Justisdepartementet, 1998, p. 42 - pkt 4.5.2).

⁹³ Ordet «avvergende» anses å omfatte den virksomhet og de tiltak som gjøres i umiddelbar nærhet av et fremtidig gjerningsøyeblikk til en straffbar handling for å forhindre at dette skjer (jf. NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed, 2004, p. 31 - pkt. 3.1.1 - andre avsnitt)

⁹⁴ Begrepet «*metode*» i denne kontekst forstås som de spesifikke handlinger som utføres ovenfor enkeltindivider fra det offentlige sin side som ledd i politisær virksomhet.

⁹⁵ Dette må ses i lys av Riksadvokatens sondering mellom etterforskning på saks- og personnivå (jf. Riksadvokaten, 1999, p. 6).

Basert på disse uttalelser er det vanskelig å se at det kan legges til grunn en utvidet eller analogisk tolkning vedrørende hva som er et forebyggende formål, som hjemler virksomhet

- utøvet ut fra et «føre var-prinsipp» om å sikre informasjon mtp. senere straffeforfølgning dersom de forebyggende tiltak ikke lykkes,
- utøves når det er rimelig grunn til å mistenke at en straffbar handling har skjedd, kan komme til å skje i nær fremtid eller er i et forberedelsesstadium.

Det vektlegges i avgjørende retning for en slik tolkning behovet for å ivareta sikringsplikten etter Grl. §92, personvern- og integritetskravet etter Grl. §102 og konvensjonsforpliktelser etter EMK art. 8.

Ved forebyggende virksomhet vil grenseganger kontinuerlig bli vurdert mot ordlyden i strpl. §226, forarbeidene til denne bestemmelsen og juridisk teori. Videre skal en ha i bakhodet at selv om man definerer virksomheten som forebyggende, er det offentliges adgang til å bruke inngripende midler og metoder som del av polisiær virksomhet betinget av at det finnes hjemmelsgrunnlag både for forebyggende virksomhet og for bruk av inngripende midler jf. Grl. § 113. Eksempel på slikt særskilt hjemmelsgrunnlag finnes i politiloven kapittel 3a omhandlende PST.

Avgrensede undersøkelser

I RA-1999-3 omtaler Riksadvokaten at: «*Hvor formålet er begrenset til enkle, kortvarige, undersøkelser for å skaffe grunnlag for å avgjøre om vilkårene for å sette i verk etterforskning er oppfylt, er den nedre grense for etterforskning ikke passert*» (jf.Riksadvokaten, 1999, p. 5 - pkt.4).

Det er aktuelt i starten av en sak eller forhold som er rapportert men hvor det ikke foreligger en anmeldelse, å utrede hvorvidt et forhold skal etterforskes. Herunder gjøres det en innledende vurdering rundt sannsynlighet at det har blitt begått et straffbart forhold i vurderingen. Videre gjøre noen enkle undersøkelser, for å danne et forsvarlig beslutningsgrunnlag for å avgjøre hvorvidt nedre terskel jf. strpl §224 og §226 er passert. Eksempler på slike avgrensede utredninger er å kontrollere tips og andre innkommende opplysninger ved å gjøre enkle registersøk og bruk av andre ikke integritetskrenkende metoder. (jf.Riksadvokaten, 1999, p. 5 - pkt.4).

Riksadvokaten påpeker vanskeligheten ved å angi presist hvor grensene går mellom enkle undersøkelser og regulær etterforskning. Det stilles her krav til skjønnnet, og til helhetsvurdering av undersøkelsen karakter, inngrepet ovenfor den enkelte, eller generell beskrivelse av miljø og grupperinger. Grunnet enkelheten å trå feil forutsetter Riksadvokaten at slike undersøkelser gjøres av kompetent personell og for politiets del at endelige ansvaret for avgjøre om det skal iverksettes en etterforskning ligger hos f. eks politijuristen som del av den integrerte påtalemyndighet i politiet (jf.Riksadvokaten, 1999, p. 5 - pkt.4).

Etterretning

Hva er etterretning?

Gottschalk og Løw Hansen skriver i sin bok «Etterretningsprosessen» at *etterretning* både henviser til en metode og et produkt til bruk som grunnlag for strategiske og operative beslutninger i politiet (jf. Gottschalk & Løw Hansen, 2011, p. 47).⁹⁶ Forfatterne anser at kjernen i etterretningsmetoden er «*systematisk innsamling av informasjon og opplysninger, som valideres, omformes og bearbeides etter en avklart fremgangsmåte for å avdekke kriminelle kapasiteter, disposisjoner og hensikt for derved å kunne effektivisere egne tiltak og mottrekk.*» (jf. Gottschalk & Løw Hansen, 2011, p. 47).

I 2014 ga Politidirektoratet (POD) ut den første etterretningsdoktrinen for politiet, hvor fremgår at «*Etterretning er en styrt prosess, bestående av systematisk innsamling, analyse og vurdering av informasjon om personer, grupper og fenomener for å danne grunnlag for beslutninger.*» (jf. Politidirektoratet, 2014, p. 18- pkt. 2.1 definisjon). Definisjonene er ikke gjensidig utelukkende, og for denne oppgave del, vil det bli tatt utgangspunkt i PODs doktrine, og samtidig sett hen til Gottschalk og Løw Hansens definisjon.

Grenser mellom de ulike formål

I NOU 1997:15 utales det at: «*Begrepet etterretning har i årtier vært mest benyttet om den virksomhet som Forsvaret bedriver, for å kartlegge den militære trusselen rettet mot landet. Etter hvert som en del kriminalitetsformer har blitt en stadig større trussel mot vitale samfunnsinteresser er begrepet etterretning, og da som metodebegrep, også tatt i bruk av politiet*» (jf. NOU 1997:15 *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet Delutredning II*, 1997, p. 72 - pkt. 4.1.3, 2de avsnitt). Videre understreker utvalget at etterretning ikke er noen nyvinning innenfor politiet, men at kriminalitetsutviklingen har fremtvunget en mer systematisk og analytisk fremgangsmåte i politiets arbeid. Utvalget tar opp viktigheten av å skille etterretning som gjøres ut fra og styres av forvaltningsrett og det som hører inn under straffeprosessen.

⁹⁶ Til forskjell fra det mer tradisjonelle militære synet hvor: «*Etterretning omfatter innsamling, sammenstilling, analyse og tolkning av informasjon. Etterretning for militære og sikkerhetspolitiske formål gjennomføres blant annet for å skaffe til veie informasjon om en motstanders strategier og planer, militære kapasiteter, og for å kartlegge sårbarheter som kan utnyttes til egen fordel i en eventuell konflikt.* (Traavik-utvalget, 2016, p. 50).

Det er en formålsbetraktning som avgjør i hvilket spor (forvaltning eller etterforskning) slik virksomhet hører inn under. Utvalget skriver: «*Dersom formålet med informasjonsinnhenting er å avdekke om straffbar virksomhet foregår eller har foregått, vil dette bli å anse som etterforskning i lovens forstand. At slike formålsbetraktninger må være avgjørende, fremgår indirekte av ordlyden i straffeprosessloven § 226, første ledd.*» (jf. NOU 1997:15 *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet Delutredning II*, 1997, p. 72 - pkt. 4.1.3).

Det understrekes fra PODs side at selv om formålet ikke omfattes av de opplistede eller har som intensjon å gi beslutningsstøtte til hvorvidt det finnes «rimelig tvil» til å etterforske (jf. strpl §224, 1ste ledd), vil det være ansett som etterforskning dersom det i forkant er avdekket informasjon som tilsier dette (Politidirektoratet, 2014, p. 59 - 4de avsnitt).

I sitt rundskriv fra 1999 tar Riksadvokaten opp at etterretning hverken er en legaldefinisjon eller et konkret begrep, samtidig som det formuleres to hovedprinsipper for formålet til virksomheten, som avklarer grensegangen mellom etterforskning og etterretning. Dette omfatter:

- «... *innhenting av opplysninger er helt generelt*»
- «... *generell innhenting av informasjon med sikte på å avverge eller oppklare mulige fremtidige straffbare forhold i alminnelighet*»

(jf. Riksadvokaten, 1999, p. 4)

Forståelsen av disse hovedprinsipper og etterretningens grense mot etterforskning blir omtalt både i juridisk teori (T.-G. Myhrer, 2001), i NOU 2009:15 og i Politiets etterretningsdoktriner.^{97, 98} POD skriver: «*Utenfor etterforskningsbegrepet faller generell innhenting og analyse av informasjon med formål å beskrive og vurdere kriminalitetsbildet (nasjonalt, regionalt eller lokalt) og den sannsynlige utviklingen av dette. Tilsvarende vil generell informasjonsinnhenting med sikte på å avverge eller oppklare mulige fremtidige straffbare forhold i alminnelighet falle utenfor etterforskningsbegrepet*» (Politidirektoratet,

⁹⁷ I disse dokumentene henvises det til blant annet «kriminaletterretning», for denne oppgave legges det til grunn at etterretning og kriminaletterretning er en og samme virksomhet.

⁹⁸ NOU 2009:15 uttaler: «*Utenfor etterforskningsbegrepet faller generell innhenting og analyse av informasjon med formål å beskrive og vurdere kriminalitetsbildet (nasjonalt, regionalt eller lokalt) og den sannsynlige utviklingen av dette, også kalt strategisk kriminaletterretning. Det samme gjelder informasjonsinnhenting med sikte på å avverge eller oppklare mulige fremtidige straffbare forhold i alminnelighet.*» (jf. NOU 2009:15 *Skjult informasjon - åpen kontroll*, 2009, p. 149)

2014, p. 59).⁹⁹ ¹⁰⁰ Produktet en kan utlede av slik informasjonsinnhenting som både Riksadvokaten, Myhrer, NOU 2009:15 og POD omtaler som etterretningsvirksomhet, omtales på fagspråket som «*grunnleggende etterretninger*» og «*løpende etterretning*» (jf. Politidirektoratet, 2014, p. 19) i tillegg finnes det en tredje kategori som benevnes som «*måletterretning*».¹⁰¹ ¹⁰² ¹⁰³

Når vi skal trekke grenser mellom etterretning og etterforskning er det ikke nødvendigvis produkttypen fra etterretningsvirksomhet som avgjør hvorvidt innhenting av informasjon er etterforskning eller ikke. Myhrer sonderer f. eks mellom terminologiene «strategisk» og «taktisk» for å avgjøre hvilken kategori arbeidet faller inn under, men denne grensen er langt fra krystallklar (jf. T.-G. Myhrer, 2001, pp. 11-12). I kildematerialet fra Riksadvokaten, NOU 2009:15 og i Etterretningsdoktrinen blir ikke merkelappen «strategisk» eller «taktisk» vektlagt like mye. Det er konsensus mellom de nevnte kilder hva gjelder at den avgjørende faktor er formålet med innhenting sammenholdt med ordlyden i strpl § 226, 1ste ledd som vil avgjøre dette.¹⁰⁴

⁹⁹ Myhrer viser til at formål med etterretning omfatter både «*innhenting og analyse av opplysninger om kriminalitetssituasjonen, gjerne sett i lys av de generelle trender og utviklingstrekk i samfunnet, og som gjennomføres for at man skal kunne danne seg en oppfatning av det en gjerne kaller trusselbildet*», og at politiet «*følger med og innsamler informasjon om grupperinger som erfaringsmessig står for alvorlig kriminalitet, for eksempel visse MC-miljøer. Siktemålet er først og fremst å fremskaffe informasjon til bruk i forebyggende arbeid*» (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 11).

¹⁰⁰ Det bemerkes her at «avverge» i denne konteksten er i utgangspunktet ikke den samme som jf. strpl. §226, 1.ledd, bokstav c, da det her legges til grunn et strategisk perspektiv og ikke noe som oppstår i den umiddelbare fremtid. Eksempel på dette er f. eks: «*undersøkelser for å avklare spesielle organisasjoners oppbygging, modus operandi og samarbeid med andre, eller undersøkelser av til hvilke tider og på hvilke steder det kan forventes voldsbruk*» (NOU 2009:15 Skjult informasjon - åpen kontroll, 2009, p. 149).

¹⁰¹ Grunnleggende etterretning: «*kunnskap om et område eller tema. Produktene er referanserammer for tolkning av data og informasjon som blir hentet inn ved senere anledninger, og for videre planlegging.*» (jf. Politidirektoratet, 2014, p. 19 - pkt 2.2.1, siste avsnitt).

¹⁰² Løpende etterretning: «*beskriver pågående utvikling, og knyttes ofte til saker eller operasjoner. Vurdering av utfordringer og trusler er sentralt*» (jf. Politidirektoratet, 2014, p. 19 - pkt 2.2.1, siste avsnitt).

¹⁰³ Måletterretning: «*gir beslutningsstøtte om hvilke mål som bør prioriteres, når og hvor. Anbefalingene bygger på vurderinger av målets sårbarhet og relative viktighet.*» (jf. Politidirektoratet, 2014, p. 19 - pkt 2.2.1, siste avsnitt).

¹⁰⁴ Jf. (Riksadvokaten, 1999, p. 4) (T.-G. Myhrer, 2001, pp. 11-12), (jf. NOU 2009:15 Skjult informasjon - åpen kontroll, 2009, p. 149) og (Politidirektoratet, 2014, p. 59)

Grunnkrav, kvalitet og uavhengighet i etterforskningen

Strpl. §226 gir en kort omtale av hvilke faktorer og betraktninger som er forventet i en etterforskning. Kravene til kvalitet ble særlig aktuelt i kjølvannet av straffesaker hvor domfelte senere viste seg å være uskyldig (f. eks «*Hetlesaken*», «*Fritz Moen-saken*» og *Lilandsaken*») påligger det den som utøver politimyndighet og etterforsker særskilte krav til hvordan etterforskningen gjennomføres.¹⁰⁵

Jf. strpl. § 226, tredje og fjerde ledd:

«Er en bestemt person mistenkt, skal etterforskningen søke å klarlegge både det som taler mot ham og det som taler til fordel for ham.

Etterforskningen skal gjennomføres så raskt som mulig og slik at ingen unødig utsettes for mistanke eller ulempe.»

Disse kravene må også ses i lys av kravene som stilles til myndighetene etter både menneskerettighetsloven (1999) og grunnlovsrevisjonen i 2014 og inkorporasjonen av menneskerettigheter, og sikringsplikt overfor den enkelte jf. Grl § 92. Det bemerkes at de krav som stilles ikke er noen nyvinning, men en kodifisering og presisering fra lovgiver sin side.

Formålsbetraktning

Grunnkravene til en aktivitet som omfattes av strpl. § 226 baserer seg på idealer slik som rettsikkerhet, proporsjonalitet, etikk (inkludert den såkalte «VG-testen»), tillit fra publikum og reell kontroll (jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 40-41).¹⁰⁶ Idealene er dypt forankret i «profesjonalitetsaspektet» som er et av de tre kjennetegn på det moderne politi (jf. Larsson & Gundhus, 2007, p. 16 - utdrag fra Bayley, David H (1990). *Patterns of policing. A comparative international analysis*).

¹⁰⁵ (Jf. Eskeland, 2007)

¹⁰⁶ VG-testen: Etisk kontrollspørsmål og vurdering hvorvidt en handling vil tåle omtale i media og det befolkningens reaksjon, benevnt som «dagslystesten» av Bjerknes og Johansen (Bjerknes & Johansen, 2009, p. 41)

Bjerknes og Johansen fremhever i sin bok at det i dag vil være en fjern tanke å senke kvalitetskravene til en etterforskning, de skal være høye i alle ledd. Etterforskningen skal videre ha den nødvendige bredde for å finne det som taler for og imot og ha god notoritet for å dokumentere og skape etterprøvbarehet (jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 32-33). Støtte for denne forutsetningen finnes hos Myhrer (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 24). Riksadvokaten på sin side presiserer at kvalitetskravet er ufravikelig og er forbundet med prinsipper slik som «*rettssikkerhet og hensynsfull og rettferdig behandling*», hvor mangel på slik kvalitet medfører at publikums tillit kan bli svekket (jf. Riksadvokaten, 2009 - del 3, pkt.2).

I rundskrivene fra Riksadvokaten fra 2009 er betraktninger om kvalitet en tematikk som gjentas ofte (jf. T. G. Myhrer, 2015, p. 31 - pkt 2.2.3.2). Sammen med kravet om høy kvalitet er krav om hurtig saksbehandling og høy oppklaringsprosent. Jeg er enig med Myhrer i at gitt de riktige omstendigheter kan det vise seg som en utfordring å overholde alle krav. Således kan det ene gå på bekostning av det andre når det er sluttproduktet i form av høy kvalitet som bør være tellende (jf. T. G. Myhrer, 2015, pp. 31-32). For andre offentlige myndigheter som utøver polisiær virksomhet vil det være naturlig å anta at kravene til kvalitet burde være like høye om ikke høyere enn hos politiet, da slike prosesser ikke måles etter straffeprosesslovens krav om påtalemessig ledelse og kontroll. Av den grunn må det foreligge effektive kontrollmekanismer for å ivareta grunnleggende rettsikkerhetsgarantier for den enkelte.

Grunnkrav sett i lys av inkorporasjon av menneskerettigheter i norsk rett

At det foreligger krav om høyere kvalitet og kontroll på etterforskning eller utredning som utføres som del av andre offentlige myndigheters polisiære virksomhet, gjør det relevant å omtale krav til uavhengighet i etterforskningen.

Politi og påtalemyndighet er både organisatorisk (riksadvokatens uavhengighet) og lovmessig (straffeprosesslovens bestemmelser) innrettet for at dette ivaretas, særlig med organiseringen av spesialenheten og ordningen med settepåtaleansvarlig som tas inn fra andre politidistrikter. Derimot er uavhengighetsspørsmålet av særskilt interesse for andre offentlige myndigheter, og særlig i lys av nevnte inkorporasjon av menneskerettigheter i norsk og grunnlovsrevisjon i 2014. Sentralt for hvorvidt en etterforskning kan betegnes som uavhengig, er om den eller de som utfører etterforskningen eller etterforskningslignende handlinger er tilstrekkelig fristilt fra utilbørlig press eller andre faktorer som leder en etterforskning i en bestemt retning eller som produserer et ønsket utfall. Videre at slike undersøkelser fremstår som objektive, etterprøvbare og tillitvekkende i befolkningen.

Aktuelle rettskilder for å kunne trekke grenselinjer når det gjelder Forsvarets polisiære virksomhet, inkludert FSAs militære kontraetterrettningsvirksomhet, er rettsavgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD). Disse omhandler gresnedragning knyttet til uavhengighet og krav til effektivitet. I flere saker har domstolen målt dette mot EMK art.2 (retten til liv), kf. GrL. §§ 92, 93, jf. SP Art.6 nr.1. Generaladvokaten har i en rapport fra 2011 gjengitt to dommer fra EMD, *Jordan v. United Kingdom* ("Jordan v. UK," 2001) og *Al-Skeini* saken ("*Case of Al-SKEINI and OTHERS v. THE UNITED KINGDOM* (Norsk sammendrag)," 2011) (jf. Generaladvokaten, 2011, p. 8 - pkt 5.2), Videre foreligger fra EMD følgende relevante dommer: *Ramsahai v. Nederland* ("*Case of RAMSAHAI AND OTHERS v. THE NETHERLANDS* (Norsk sammendrag)," 2007) og *Jaloud v. Nederland* ("*Case of JALOUD v. THE NETHERLANDS* (Norsk sammendrag)," 2008).

Rettspraksis fra EMD

For denne oppgave er det mest hensiktsmessig å gi en oppsummering av sakene. Felles for alle fire er at de omhandler offentlige myndigheters maktbruk, hvor resultatet var tap av liv og påfølgende anklage om brudd på EMK art.2.

To av sakene hadde sin opprinnelse i internasjonale operasjoner hvor Storbritannia og Nederland deltok med militære styrker. I alle sakene ble henholdsvis Storbritannia og Nederland dømt for brudd på EMK. EMD påpekte at kravet om uavhengig etterforskning var krenket, da forholdet som senere ble påklaget til EMD ble etterforsket først av enheter innad i politiet / militærpolitiet som ikke var organisatorisk og hierarkisk uavhengige. I saken *Jordan v. United Kingdom* uttalte EMD at: *«For an investigation into alleged unlawful killing by State agents to be effective, it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation to be independent from those implicated in the events.»* ("Jordan v. UK," 2001- pkt 106).

Videre ble det lagt til grunn at etterforskningen ikke tilfredstilte krav om begrunnelse for konklusjonen, objektivitet, notoritet og åpenhet ovenfor publikum jf. effektivitetskravet (Jordan-saken).

I Al-Skeini-saken ble lignende problemstillinger rundt effektivitet trukket frem, var det ikke gjort tilfredsstillende avhør og identifikasjon av vitner og involverte personer, samt påpekt etterforskningen skjedde innenfor den militære kommandolinjer og kan derfor ikke betegnes som uavhengig. I Ramsahai-saken ble etterforskningen ikke ansett som tilstrekkelig effektiv eller uavhengig, da det gikk for lang tid (3 dager) mellom hendelsen og avhørene av ansvarlige polititjenestemenn, hvilket gav risiko for koordinering av forklaringer i ettertid (brudd på effektivitetskravet). Videre tilhørte påtaleansvarlig samme distrikt som polititjenestemennene (uavhengighetsproblematikk).

Jaloud-saken fra 2008 skiller seg delvis ut ved at uavhengighetskravet ble ansett ivaretatt (både ved militærpolitiet, påtalemyndighet og domstol som behandlet saken). Derimot vurderte retten at effektivitetskravet og de prosessuelle krav ikke ble oppfylt da det ikke var tilgang til relevante utsagn fra vitner. Videre medførte forsinkelse før avhør ble foretatt at det var rom for å koordinere forklaringer. Viktige bevis slik som kulefragmenter var borte.

Samtlige av problemstillingene knyttet til prosessuelle mangler ved etterforskning i disse fire sakene er relevante med hensyn til kvalitet i alle ledd, nødvendig bredde og notoritet (Jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 32-33).

Oppsummering

Når denne oppgaven blir skrevet er det nesten 18 år siden RA-1999-3 ble utgitt og 16 år siden Myhrer skrev sin artikkel i TFST-2001-6, siden da har det vært endringer både i samfunnet og i rettskildene. Disse har allikevel gitt utgangspunkter som er fremdeles relevante.

Riksadvokaten fremhever at det sentrale er tett samarbeid mellom den som utreder (eks. etterforsker) og den som fører kontroll (eks. påtalejuristen) hvor man spiller hverandre gode og utnytter juristens spisskompetanse for å påse at rettslige krav overholdes og at det gjøres fortløpende kvalitetskontroll (jf. Riksadvokaten, 1999, p. 8 - del 5). Myhrer tilfører RA-1999-3 større bredde både ved å formulere konkrete rammeforutsetninger (legale krav og begrensninger, ressursrammer og kvalitet) for effektiv etterforskning og å vise samspillet mellom etterforsker, etterforskningsleder og påtaleansvarlig. Alle tre parter er gjensidig avhengige av hverandre for å oppnå best mulig resultat (jf. T.-G. Myhrer, 2001, pp. 24-25). De styringslinjer og tanker funnet i kildene vil både ivareta kravene til kvalitet i alle ledd, nødvendig bredde og notoritet (Jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 32-33). Samtidig ser en at dette vil oppfylle Bayleys profesjonalitetskrav for hva som kjennetegner et moderne politi som nyter samfunnets støtte og som har legitimitet (jf. Larsson & Gundhus, 2007, p. 16).

Relevans for FSA sin polisiære virksomhet

På overordnet nivå er en god forståelse for strpl. § 226 nødvendig sett ut fra to perspektiver;

1) FSAs utøvelse av polisiær virksomhet, og 2) militært ansatte i FSAs maktutøvelse.

Ordlyden i strpl. § 226 gjør det vanskelig å tolke bestemmelsen til kun å gjelde politi og påtalemyndighetens virksomhet. Ser man bestemmelsen i lys av inkorporasjonen av menneskerettigheter ved grunnlovsrevisjonen i 2014.¹⁰⁷ er det grunnlag for å forstå bestemmelsen som anvendelig for enhver offentlig myndighet som utfører polisiær virksomhet.

Etter § 8 i Instruks for sikkerhetstjenesten i Forsvaret kan FSA gripe inn i den personlige rettsfære hvor det foreligger hjemmel, nødvendighet og er proporsjonal. Av denne grunn er det vanskelig å utelukke at strpl. §226 ikke kan komme til anvendelse ved FSA mil.ke og lignende virksomheter. Med henvisning til hva som er drøftet i kapittel 5 og med tanke på Grl.§ 102s bestemmelser om personvern. Er bevissthet om rammene til strpl. § 226 for FSA ikke kun en dyd av nødvendighet for å unngå kritikk i media eller av EOS-utvalget. Det er i tillegg en forutsetning for at staten ivaretar sin sikringsplikt ovenfor den enkelte etter Grl. § 92, samt for å unngå brudd på forbudet mot bruk av militær makt mot innbyggerne jf. Grl.§ 101, tredje ledd.

Det sekundære perspektiv omhandler militært ansatte i FSA som er befal (sersjants grad eller høyere). Personellet har i visse situasjoner politimyndighet etter Lov om militær politimyndighet og tilhørende forskrifter, og likestilles med polititjenestemenn ved etterforskning og bruk av tvangsmidler etter strpl. § 478. Det vil være uforenelig med rettsvernskravet etter sikkerhetsloven § 6 og Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret § 9 dersom personellet ved utøvelse av makt og integritetskrenkende virksomhet i gråsonen mellom etterforskning og annen virksomhet ikke holdes til de samme standarder som politiets tjenestemenn.

¹⁰⁷ (jf. Menneskerettighetsloven 1999 og Lønning-utvalget (Stortinget, 2011))

Det avgjørende for FSA som offentlig virksomhet, hvorvidt virksomheten omfattes av etterforskningsbegrepet eller ikke, er formålet bak virksomheten. Etter Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret §9 forutsettes det at FSAs virksomhet er i samsvar med nødvendighetsprinsippet etter sikkerhetsloven § 6. Det fremstår som en logisk brist å skulle vurdere nødvendighet dersom det ikke foreligger et klart formål til grunn for virksomheten. Videre kan det utledes av krav om ivaretagelse av rettsikkerhetshensyn etter Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret §9 at det formulerte formålet vil bli målt etter ordlyden i strpl. § 226, første ledd. Fordelen ved et konkret og velformulert formål er at det gir både ansatte i FSA og de som skal kontrollere virksomheten en klarere forståelse av rammene virksomheten må holdes innenfor.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Jf. Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret §§ 3, 5 og 7. Samt jf. EOS-kontrollloven §2

De tradisjonelle formål ved etterforskning, jf. strpl. § 226, første ledd, bokstav a, b og d
For å avgjøre hvorvidt formålet medfører at nedre terskel er overtrådt og FSAs virksomhet faller inn under etterforskningsbegrepet, vil være nødvendig å se til de faktorer som fremgår av rundskrivene til Riksadvokaten, forarbeider, forvaltningspraksis og juridisk teori.

Hovedspørsmålet er hvorvidt formålet til FSAs virksomhet på kort eller lang sikt kan «*avklare om det er grunnlag for å reagere strafferettslig mot noen for en utvist atferd*» (jf. T. G. Myhrer, 2015, p. 14) Svares det helt eller delvis bekreftende på dette spørsmålet er nedre grense for strpl. § 226, første ledd, bokstav a og b overtrådt og man befinner seg i en etterforskning. Dersom formålet med virksomheten er å avgjøre i hvilken form og omfang det skal reageres fra det offentlige overfor den enkelte, vil man raskt ha krysset nedre grense for etterforskning jf. § 226, første ledd bokstav d.

Ses dette mot mulighetsrommet Forsvaret har for å benytte disiplinærtiltak slik som refselsler ovenfor militært personell (jf. militær disiplinærlov § 1) og ordensstraff ovenfor sivilt personell (jf. tjenestemannsloven § 14), vil FSAs polisiære virksomhet eksempelvis ved sikkerhetstruende hendelser etter forskrift om sikkerhetsadministrasjon § 5-1 falle inn under strpl. § 226, første ledd. Hvor formålet med virksomheten er å avgjøre hvorvidt det er grunnlag for å ta i bruk disiplinærtiltak (jf. strpl. § 226, bokstav a), å fremskaffe dokumentasjon for hvorvidt den enkelte kan refses eller politianmeldes (jf. strpl. § 226, bokstav b) og å avgjøre i hvilket omfang det eventuelt skal reageres mot den enkelte (jf. strpl. § 226, bokstav d).¹⁰⁹

¹⁰⁹ Andre deler ved FSAs oppdrag, eksempelvis å avgjøre hvorvidt en person kan tildeles eller beholde en sikkerhetsklarering, vil falle utenfor da formålet med dette er definert som i det forvaltningsmessige spor og kan ikke tjene til andre formål enn å avgjøre sikkerhetsmessig skikkethet jf. sikkerhetsloven kap. 6 og Forskrift om personellsikkerhet.

Formål jf. strpl. §226, 1ste ledd, bokstav c

Det fremgår av Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret § 4 at FSA ikke er definert som en politistyrke slik som Militærpolitiet.¹¹⁰

Samtidig skal FSA for å oppfylle pålagte oppgaver jf. instruksens § 4 bokstav e og g både innhente informasjon og utføre aktiviteter ut fra både forebyggende- og / eller etterretningsformål. Samt overholde Forsvaret interne plikt om å bedrive risikoreduerende tiltak for å motvirke sikkerhetstruende virksomhet.^{111 112} En god intern forståelse i FSA for hvordan slikt arbeid skal utføres innenfor det «to-sporede system» og rammene som fastlegges av strpl. § 226, første ledd, bokstav c), vil være avgjørende for å ta stilling til hvorvidt FSAs virksomhet krysser den nedre terskel for etterforskning.

Ser man virksomheten fra det forebyggende perspektiv, kan det utledes at FSAs polisiære virksomhet ikke omfattes av strpl. § 226, første ledd, bokstav c) dersom formålet ikke legger til rette for virksomhet ut fra et «føre var-prinsipp» om å sikre informasjon med henblikk på senere straffeforfølgning dersom forebyggende tiltak ikke lykkes. Videre dersom det er rimelig grunn til å mistenke at en straffbar handling har skjedd, eller kan komme til å skje i nær fremtid eller under forberedelser.

Fra et etterretningsperspektiv vil en unngå det straffeprosessuelle sporet dersom formålet med innhentningen er å fremskaffe et kunnskapsgrunnlag som er «*helt generelt*» som eksempelvis hvilke terrororganisasjoner som har ytret trusler mot Norge. Videre «*... generell innhenting av informasjon med sikte på å avverge eller oppklare mulige fremtidige straffbare forhold i alminnelighet*» som f. eks modus operandi (eks. frekvens, metodikk og indikatorer) ved angrep mot militære styrker i Europa (Riksadvokaten, 1999, p. 4).

¹¹⁰ For Militærpolitiet er politioppgaver en gjennomgående tema i FOR-1993-11-26-1299 (omtalt som "Forskrift om politimyndighet i Forsvaret,")

¹¹¹ Pålegg om risikohåndtering, jf. Forskrift om sikkerhetsadministrasjon kap.4

¹¹² Aktiviteter som faller under betegnelsen sikkerhetstruende virksomhet er f. eks spionasje, sabotasje og terrorisme, jf. sikkerhetsloven §3

Skranker for slik informasjonsinnhenting og aktivitet fra FSAs side etter strpl. § 226, 1.ledd, bokstav c er dersom det underveis oppstår *rimelig grunn* til å etterforske jf. strpl §224, eller at informasjonsinnhentingens «*mulige utfall er at informasjonen kan komme til å bli brukt som ledd i strafforfølgning*» og/eller der man «*anvender tvangsmidler for å skaffe til veie informasjon som gjør det mulig å avverge eller straffeforfølge handlingen*» (jf. Justisdepartementet, 2005, p. 43 - første avsnitt; kf. Riksadvokaten, 1999), (kf. T. G. Myhrer, 2015, p. 14).

Dersom man avdekker overskuddsinformasjon som kan omfattes av etterforskningsbegrepet så vil videre undersøkelser og informasjonsinnhenting være ansett som omfattet av formålene jf. strpl. §226, første ledd (jf. Politidirektoratet, 2014, p. 59 - 4de avsnitt).

Det kan etter dette utledes at det påligger en plikt fra FSAs side til å ha et klart formål slik at disse grenseganger er forståelige for tjenestemenn med og uten juridisk kompetanse.

Aktiviteter og informasjonsinnhenting i forebyggende eller etterretningsformål er av sin natur inngripende og må anses å utløse sikringsplikt i medhold av Grl. § 92 og andre menneskerettighetsforpliktelser jf. Grl. §§ 93-96 og § 113, jf. EMK art.8 og sikkerhetsloven § 6. Konsekvensen av dette er at Forsvaret som del av statsapparatet er forpliktet til å ivareta den enkeltes rettsvern, herunder ved å anvende de straffeprosessuelle regler ved bruk av metoder som etter sin natur er integritetskrenkende og som er regulert enten i lovs form som et tvangsmiddel (jf. strpl. fjerde del) eller som er ulovfestet (eks. personrettet spaning) dersom det ikke er gitt annen hjemmel i lov (eksempelvis politiloven kapittel 3a).

Avgrensede undersøkelser

Dette formålet bærer større likheter til handling ved sikkerhetstruende hendelse jf. forskrift om sikkerhetsadministrasjon §5-1 pkt 1 til 3. Felles for begge er at de skal legge til rette for avgrensede men enkle og kortvarige undersøkelser som kan utføres på så lavt nivå som mulig. Med det formål å skaffe et nødvendig beslutningsgrunnlag for lokal sjef om hvorvidt det er rimelig grunn til å gå videre å vurdere enten reaksjon ovenfor den ansvarlige eller om forholdet skal anmeldes (jf. Riksadvokaten, 1999, p. 5 - pkt.4). Slike avgrensede undersøkelser utgjør trolig majoriteten av FSA sin polisiære virksomhet og er formålstjenlig når det ikke foreligger grunnlag for etterforskning jf. strpl. §224 eller §226.¹¹³ Denne arbeidsformen forutsetter at FSA personellet har både nødvendig kompetanse, evne til å forstå begrensninger og at det gjøres løpende kontroll både av ledelse og av juridisk personell (jf. Instruks om sikkerhetstjeneste i Forsvaret §16) Det er videre nødvendig å være bevist på at dette formålet ikke kan benyttes som en form for etterforskningssubstitutt eller som en metode for å omgå etterforskningsbegrepet.

¹¹³ I tillegg er dette sannsynlig den hovedform for internundersøkelser som benyttes av sikkerhetsorganisasjonen i Forsvaret, i en innledende fase av lokale undersøkelser av sikkerhetstruende hendelser.

Kvalitetskrav og uavhengighet

For offentlige myndigheter utenfor politi og påtalemyndigheten som utfører polisiær virksomhet er fallhøyden meget stor dersom en gjør feil som får negative konsekvenser for den enkelte innbygger. Når det stilles høye krav til politiet ved arbeid som kan være integritetskrenkende, må det antas for FSAs del at kvalitetskravene til arbeid og sluttprodukt minst må være de samme som for politiet, trolig også høyere.

Når FSAs arbeid ikke måles etter straffeprosesslovens krav om påtalemessig ledelse vil samfunnet stille krav om kontrollmekanismer som både er selvstendige og reelle, og som har til oppgave å påpeke mulige trusler mot de grunnleggende rettsikkerhetsgarantier for den enkelte. Dette skal mandatet til EOS-utvalget sikre (jf. EOS-kontrolloven § 2). Det må forutsettes for FSAs polisiære virksomhet et krav om kvalitet i alle ledd, at oppgavene utføres med nødvendig bredde og at det sikres notoriet (Jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 32-33). Dette harmonerer med de krav som fastsettes for FSAs virksomhet i Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret § 4 og kap. 3-5.

Som tidligere påpekt foreligger det en rekke relevante rettskilder for FSAs virksomhet innenfor militær kontraetterretning. Dette er blant annet rettsavgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) som omhandler spørsmålene om uavhengighet men også krav til effektivitet. Det følger av Instruks om sikkerhetstjeneste Forsvaret § 1, andre ledd at FSA er organisatorisk plassert under Sjef Forsvarsstab som er Forsvarssjefen (etatsleder)s organisatoriske nestkommanderende. En slik organisatorisk forankring av både organisasjon og virksomhet kan vurderes å oppfylle kravet om adekvat uavhengighet jf. *Jaloud v. Nederland* ("Case of JALOUUD v. THE NETHERLANDS (Norsk sammendrag)," 2008) og er forenelig med EMDs uttalelse i pkt.106 i (jf. "*Jordan v. UK*," 2001).

Integrert juridisk kontroll

Instruks om sikkerhetstjeneste i Forsvaret (2010) §16 gir ikke klarhet i hvorvidt hensikten til Forsvarsdepartementet var en form for juridisk kontroll i FSA lik den integrert påtalemessig ledelse slik som i politiet. I mangel av den formelle rolle som påtalejurist, hvordan påvirker rundskrivet til Riksadvokaten (RA-1999-3) og Myhrer jf. TFST-2001-6, FSAs arbeid. Kan det forutsettes at det foreligger tilsvarende krav til kvalitet og kontroll ved den polisiære virksomheten som hos politiet. Dette fordrer et tett samarbeid internt i FSA mellom utøvende ledd, sjefer og egne jurister som fører kontroll (om så på tvers av normal militær kommandolinje). Eksempler på viktigheten ved et slikt tett samarbeid ved polisiær virksomhet i FSA er ved utførelsen av såkalte «avgrensede undersøkelser» (jf. Riksadvokaten, 1999, p. 5 - pkt.4) beveger seg tett opp til den nedre grense for etterforskning jf. strpl. §224 og §226. Viktigheten ved godt samarbeid gjør det nærliggende å se til Myhrers betraktninger om rammeforutsetninger, samspill og gjensidig avhengighet for å oppnå best mulig resultat (jf. T.-G. Myhrer, 2001, pp. 24-25). Slik styringslinje i en offentlig myndighet som utøver polisiær virksomhet vil ivareta kvalitetskravene (Jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 32-33). Samtidig vil dette fremme profesjonalitet og vekke tillit da det oppfylder samfunnets forventninger for å få støtte og legitimitet som maktutøver (jf. Larsson & Gundhus, 2007, p. 16 - kf. Bayley sine teorier om kjennetegn på det moderne politi).

Potensielle konsekvenser

En potensiell konsekvens av å ikke ha en klar bevissthet om formål og hvorvidt man befinner seg i eller utenfor straffesakssporet, samt manglende juridisk kontroll, vil ikke bare være negativ omtale og tvil om kvaliteten og profesjonaliteten i det arbeid FSA utfører. Potensielt kan det også få konsekvenser for vurdering av bevis som er fremskaffet av FSA og påvirke beviskjeden.

Uregelmessigheter knyttet til bevisene kan resultere i at disse kan bli nektet ført for retten eller medføre opphevelse av fellende dommer. Selv om Høyesterett i Rt-2006-582 (avsnitt 22) utaler at *«Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres»*, medfører ikke dette at det er fritt frem for bevisførselen. Høyesterett fastsatte i Rt-1999-1269 (på side 1272) følgende: *«Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktes å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset»*. Da de potensielle konsekvenser kan være meget alvorlig, da viktig informasjon ikke blir tillatt ført i en eventuell hovedforhandling, fremstår kravene om klarhet i formålet for informasjonsinnhenting, uavhengighet, kvalitet i alle ledd, notoritet og løpende juridisk kontroll både som en selvfølgelighet og som et minstekrav til FSAs polisiære virksomhet.

7. FORVALTNING

Dette kapittelet behandler de forvaltningsrettslige temaer og problemstillinger som berøres av FSAs polisiære virksomhet og myndighetsutøvelse i «forvaltningssporet», herunder hjemmelsgrunnlag, formål i forvaltningssporet og domstolskontroll. I tillegg vil det gjøres et komparativt blikk i det juridiske landskap vedrørende forvaltningsorganenes polisiære virksomhet ved utførelsen av tilsyn, samt kontrollformålene. Det vil videre gjøres betraktninger rundt forholdet mellom forvaltningsrett og straffeprosess. Som nevnt i forrige kapittel viser både RA-1999-3 (jf. Riksadvokaten, 1999, p. 4) og Myhrer (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 10) til at forvaltningsformål/virksomhet har falt utenfor etterforskningsbegrepet, jf. strpl. § 226 første ledd, og var heller ikke underlagt straffeprosessens saksbehandlingsregler. Dette vil være relevant opp mot grensegangsproblematikken ved FSA militær kontraetterretning (mil.ke) og lignende virksomhet / etterforskning.

7.1. Hjemmelsgrunnlag

Forvaltningsrettens kjerne er den rettslige reguleringen av *hva* som er arbeidsoppgavene, rollene og fullmaktene til statens organer, samt *hvordan* de skal utøve sin myndighet ovenfor landets innbyggere (jf. Eckhoff & Smith, 1997, p. 3). Basert på Eckhoff og Smith sine betraktninger, kan en formulere at et formål innenfor forvaltningssporet i utgangspunktet skal gi klarhet i rammene det offentlige må følge for å oppnå det som er målsetningen, eller for å skape en ønsket rettstilstand ovenfor den enkelte borger (jf. Eckhoff & Smith, 1997, p. 3).

Forvaltningsrettens hjemmelsgrunnlag må ses i sammenheng med maktfordelingsprinsippets utgangspunkt om at statsorganene makt skal være balansert og kontrollerbar for å unngå myndighetsmisbruk (O. T. Berg & UIO, 2015). Hva arbeidsoppgavene da er kan enten følge av den utøvende makt sin organisasjons-, instruksjons- eller delegasjonsmyndighet, eller som følge av et hjemmelsgrunnlag i formell lov gitt av Stortinget.

I tillegg til legalitetsprinsippet som gir en hjemmel til maktanvendelse, vil det også være nødvendig å gjøre legalitetsbetraktninger ut fra Lex superior-prinsippet da en forbudt handling, virkemiddel eller fremgangsmåte vil være forbudt med mindre det gis et eksplisitt unntak i formell lov (jf. Stub, 2011, p. 75). Rammene for forvaltningens inngrep ovenfor den enkelte når det gjelder art, styrke og formål vil også påvirkes av *klarhetskravet* til selve innholdet i lovhjemmelen. (jf. Stub, 2011, p. 79).

Forvaltningens handlefrihet og myndighet ble ytterligere regulert gjennom grunnlovsrevisjonen i 2014, ved at enkelte menneskerettigheter ble gitt Grunnlovs rang. F. eks. ble det i Grl. §92 kodifisert en sikringsplikt for statens organer (inkl. forvaltningen) til å ivareta rettsvernet til den enkelte innbygger. I tillegg til å respektere Grunnlovens menneskerettigheter, må forvaltningens virksomhet også ligge innenfor de menneskerettslige skrankene som oppstilles av den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), særlig gjennom rettspraksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). Konsekvensen av dette er at forvaltningen i økende grad må vurdere ens inngripen i lys av et bredere spekter av norske og internasjonale rettskilder.

7.2. Om forvaltningens beslutningsgrunnlag

Flere offentlige myndigheter benytter forvaltningssporet som en del av sin politisære virksomhet. Eksempel på at forvaltningssporet benyttes til å utføre «*sekundær kontroll med hovedformål å opprettholde orden og sikkerhet i samfunnet*» (jf. H. O. Gundhus et al., 2007 - forordet) er politiets rett til inspeksjon av hvordan våpen oppbevares jf. våpenloven § 27a, Tollmyndighetens undersøkelse ved grensepassering jf. tolloven § 13-1, og Forsvarets adgang til å foreta vandelskontroll av enhver person, selv om vedkommende ikke er i daglig tjeneste, jf. vernepliktsloven § 46a.

Det kan reises spørsmål om hvilke prinsipper som kan legges til grunn for utarbeidelse av formål i forvaltningssporet for politisær virksomhet. For denne oppgave tas det utgangspunkt i at en forvaltningsmyndighet følger de saksbehandlingsregler fastsatt ved lov, som sentralt eksempel forvaltningsloven (fvl.)

Oppgavens hovedfokus vil være hvorvidt de ulovfestede reglene om krav til saksbehandling, forholdsmessighet og domstolskontroll påvirker utformingen av et formål i forvaltningssporet. Det vil også gjøres et komparativt blikk til prinsipper i straffeprosessen.

I juridisk teori finner vi to hovedprinsipper i de ulovfestede krav til forvaltningen. Det første er *god forvaltningsskikk*, hvor Graver i stikkordsform nevner at dette omhandler prinsipper slik som hensynsfullhet, orden og rask saksbehandling (jf. Graver, 2007, pp. 303-304). Dette kan relateres til forrige kapittel og straffeprosessen, med Riksadvokatens kvalitetskrav og oppfyllelse av prinsipper slik som «*rettssikkerhet og hensynsfull og rettferdig behandling*» (jf. Riksadvokaten, 2009 - del 3, pkt.2). I tillegg oppstilles det i påfølgende rundskriv, sammen med kravet om høy kvalitet, et krav om hurtig saksbehandling (eks: Riksadvokaten, 2013- del 4). Det neste er *forsvarlig behandling* (jf. Graver, 2007, pp. 304-311), som kan meget lett bli relatert til grunnsetninger for etterforskning i straffeprosessen, om *kvalitet i alle ledd, nødvendig bredde og det er notoriet / sporbarhet* (Jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 32-33) i både dokumentasjon og handlinger, slik at det kan gis innsyn og at man tilrettelegger for kontroll av beslutningsgrunnlaget og saksbehandlingen i etterkant. Når disse ulovfestede krav til forvaltningen står så sterkt i norsk rett, kan det legges til grunn at disse krav også skal gjenspeiles i et formål i forvaltningssporet.

Det neste spørsmålet er hva kan man ta stilling til i sitt beslutningsgrunnlag som danner et formål og hvordan vekte ulike hensyn? Det må forutsettes at ved et beslutningsgrunnlag for et forvaltningsmessig formål ivaretar grunnprinsipper slik som f. eks legalitet, kontradiksjon, forsvarlig saksbehandling, nøytralitet, saklighet og forholdsmessighet (jf. Graver, 2007 - kap 4 til 6). Jeg vil rette mitt fokus særskilt mot tematikken saklighet og forholdsmessighet rundt skjønn ved et forvaltningsformål.

Saklighet

Når det gjelder saklighet i forvaltningen (jf. Graver, 2007 - kap.6) og evt. formuleringer av formål i dette spor. Er det naturlig å se til det som Bernt omtaler som «utenforliggende hensyn» (Bernt, 1978) og som tilsvarende det Boe benevner som «ulovlige hensyn i forvaltningsretten» (Boe, 1978) for hva som ikke kan legges til grunn i formål og vil være imot prinsippet om saklighet. F. eks vil dette være hensyn som er uvedkommende for den aktuelle saken, mangel på å trekke inn relevante hensyn, usaklig forskjellsbehandling eller er av sin natur er grovt urimelig (jf. Boe, 1981, p. 42). En står her igjen med saklige hoved- og sidehensyn som man kan legge til grunn i sitt formål, hvor Bernt fremhever som den tradisjonelle lære at hovedhensynet danner fundamentet og understøttes av sidehensyn (jf. Bernt, 1978).

Ser vi tilbake til straffeprosessen er det relevant her å se til strpl. §224 om saklighet og objektivitet skal prege skjønnet når en skal vurdere hvorvidt en kan anmelde og etterforske et forhold (*jf. Riksadvokaten, 1999- del 3, pkt.3, femte avsnitt*). Samt Myhrer betraktninger rundt «biformål» ved strpl. §226 (jf. T.-G. Myhrer, 2001, pp. 14-16).

Myhrer støtter Bernts betraktninger om at hovedhensyn skal vektlegges, i sine betraktninger rundt biformål, ved at: «*Disse kan ikke alene begrunne at etterforskning settes i verk, men kan bevirke at den gis et større omfang eller varer lenger enn hovedhensynene skulle tilsi.*» (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 17 - avsnitt nr.2).

Forholdsmessighet

Når det skal formuleres et formål eller utøve myndighet som del av polisier virksomhet i forvaltningssporet er forholdsmessighet et sentralt punkt i grunnlaget for beslutninger eller hvordan en utøver sin myndighet. Selv om det har vært enkelte innenfor rettsvitenskapen som fremsetter at forholdsmessighet må ses med nye øyne som følge av Høyesterett sine avgjørelse i Rt-2008-560 (jf. Aulstad, 2008), så heller jeg mer mot å være enig med Graver sitt tilsvarende (jf. Graver, 2008a) og legger de punkter om forholdsmessighet som fremkommer i hans bok fra 2007 til grunn for denne oppgave (Graver, 2007).

Graver peker på at tre forhold som påvirker forholdsmessigheten ved skjønnsutøvelsen (herunder beslutningsgrunnlaget) til forvaltningen, kan disse oppsummeres på følgende måte

- Det som enten påbys eller forbys må være *egnet* for å virkeliggjøre det formålet inngrepet har
- Det skal *ikke gå utover det som er nødvendig* for omstendighetene for øvrig
- Fordelene ved inngrepet skal oversige ulempene (interesseovervekt)

(jf. Graver, 2007, pp. 128-129)

Det ses ingen åpenbare grunner til å fravike disse prinsippene som grunnsetninger for vurderingen hvorvidt det er forholdsmessig å iverksette eller fortsette en sak i forvaltningssporet, samt ved utforming av et formål i forvaltningssporet. I straffeprosessen kan en se tilsvarende forhold når det gjelder vurdering av beslutningsgrunnlag om det eksisterer «rimelig grunn» jf. strpl. §224 hvor det benevnes stikkordene «*sannsynlighet, proporsjonalitet* (forholdsmessighet) og *saklighet*» (*jf. Riksadvokaten, 1999- del 3, pkt.3, andre avsnitt*).

Objektivitet

Både saklighet og forholdsmessighet berører problemstillingen rundt *myndighetsmisbruk*. Et ord som utløser en del debatt innenfor rettsvitenskapen. Aulstad fremhever at man bør akseptere begrepet «myndighetsmisbrukslære» som benevnelser når domstolene konstaterer at forvaltningsskjønnet har gått for langt (Aulstad, 2008), noe som Graver både i sin artikkel (Graver, 2008a) og i sin bok uttrykker skepsis til. Graver fremhever at denne benevnelse er mer passende for å forklare forbudet i forvaltningssporet mot «utenforliggende hensyn, grovt urimelige avgjørelser og forskjellsbehandling» (jf. Graver, 2007, p. 112 - siste avsnitt). Graver viser videre til Prof. Dr.juris Eivind Smith å heller snakke om «overskridelse av forvaltningsmyndighet» (jf. Graver, 2007, p. 113 - første avsnitt). Men det ender ikke der, For Boe på sin side formulerer at man bør omtale dette som «saklig og forsvarlig skjønnsutøvelse» (jf. Boe, 2006, p. 197). Personlig og for denne oppgaven vil en slutte seg til og benytte begrepet «*de alminnelige skjønnskrankene*» som Marius Stub omtaler og grunngir i sin bok «Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet» (jf. Stub, 2011, p. 91). Her vektlegger jeg i likhet med Stub at denne ordlyden ikke søker å plassere skyld og den fremstår å være generell for hele forvaltningsretten, men en har i bakhodet andre skranker fra særlovgivningen. (jf. Stub, 2011, p. 91). I straffeprosessen er det nærliggende å se til f. eks oppportunitetsprinsippet hvorvidt et forhold skal anmeldes eller ikke. Hvor man i mulighetsrommet mellom forbud og plikt til å etterforske, kan unnlate å anmelde såfremt behovs-, proporsjonalitets-, saklighets- og likhetsprinsippet jf. politiloven § 6 (jf. Kåsa, 2004, pp. 24-27) ikke setter skranke og det er forenlig med sannsynlighets-, saklighets- og proporsjonalitetskravene i strpl. § 224.

Domstolsprøving

Brudd på de alminnelige skjønnskrankene (jf.Stub, 2011, p. 91), blir særlig aktuelt ved domstolskontroll av forvaltningen. Som tidligere nevnt siden 2015 er domstolenes adgang (både rett og plikt) til å prøve forvaltningens vedtak mot Grunnloven og de menneskerettighetskonvensjoner som er inkorporert i norsk rett gjennom Grl. §92, kodifisert ved Grl. §89.¹¹⁴ Utover prøving jf. Grl. §89 er domstolskontroll med forvaltningen et prinsipp utviklet gjennom domstolspraksis og skal gjenspeile samfunnsutviklingen (jf."HR-2012-2398-P - Rt-2012-1985," 2012 - avsnitt 227).

Tradisjonelt er det naturlig å se til prøving av forvaltningen, er prøving av formelle enkeltvedtak slik som f. eks vedtak om boplikt jf. konsesjonsloven §5. Et enkeltvedtakets gyldighet kan både prøves f. eks innenfor tvistelovens rammer (jf. tvisteloven §§ 1-3 til 1-5), evt. ved å fremme et erstatningssøksmål mot et offentlig organ, hvor domstolene må prøve blant annet forvaltningens saksbehandling, faktum og rettsanvendelse.

Av spesiell relevans for denne oppgaven er spørsmålet hvorvidt hensynene bak selve formålet ut fra forvaltningssporet kan etterprøves av domstolene? Det kan det ikke ses at f. eks Graver argumenterer for at domstolene ikke har mulighet til dette (jf.Graver, 2007 - Kap.6), og at det kan gjøres prøving helt ned på hensyn tatt på tjenestemannsnivå (jf.Graver, 2007, p. 116). Videre i sitt tilsvaret til Aulstad sitt innlegg i «Jussens Venner» (Aulstad, 2008) uttrykker Graver at nyere rettspraksis, fra f. eks Rt-2008-560: «... gir grunn til å stille spørsmål ved, er om det er grunnlag for å gå lengre i domstolsprøvelse av forholdsmessigheten enn det som følger av de alminnelige utgangspunkter. Fra den senere tid har vi noen dommer som kan peke i den retningen, se Alminnelig forvaltningsrett s. 133-134. Med denne siste dommen kan vi si at det ikke er noen entydig utvikling i den retning. Men det betyr ikke at ikke domstolene skal fortsette å prøve forholdsmessigheten av vilkår, omgjøring, sanksjoner og EMK-inngrep, og at de for øvrig skal prøve om forholdsmessigheten er vurdert på en forsvarlig måte.» (jf.Graver, 2008a, p. 384 - siste avsnitt).

¹¹⁴ (jffInnst.263 S (2014-2015) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, romertall X (forbud mot dobbeltstraff) og romertall XXIV (domstolenes prøvingsrett), 2015, p. 4 - 2de avsnitt, Grl. §114 - domstolens prøvingsrett)

Ser man tilbake til straffeprosessen finner en støtte til Graver sitt syn hos Myhrer som fremhever at domstolene har full prøvingsrett av f. eks saklighetsvurderingen i etterforskningen ut fra det reelle behovet for en tredjeparts kontroll av hoved- side- og ikke-hensyn (etter læren om myndighetsmisbruk og utenforliggende hensyn) (jf.T.-G. Myhrer, 2001, p. 22). At domstolene har kompetanse til å prøve forvaltningens avgjørelser betyr ikke at den automatisk vil prøve alle sidene ved en sak. Det finnes eksempler på tilbakeholdenhet i prøvingen av enkelte forhold der forvaltningen besitter en spesiell kompetanse eller faginsikt som overgår domstolen, eksempler på dette er f. eks Rt.1975 s.603 (Swingball) og Rt. 2008 s.1555 som gjaldt avgjørelser truffet av Patentstyret, hvor dens syn ble vektlagt i avgjørelsen.

7.3. Polisiær virksomhet i forvaltningssporet

I sin bok fremhever Stub at håndheving av regelverk i Norge, uten unntak må ses i sammenheng med det to-sporet system, hvor forvaltningen håndhever gjennom tilsyn og kontroll, mens politi og påtalemyndighet håndhever gjennom straffeprosessen. Videre at det er forbindelseslinjer mellom disse to sporene og at de ikke kan vurderes helt uavhengig av hverandre (jf.Stub, 2011, p. 17). Stub bruker begrepet «tilsynsforvaltning» for å omtale dette rettsområde som omtaler rammene for og innholdet i håndheving av reguleringslovgivning som gjøres av den offentlige sektor utenfor politiet (jf.Stub, 2011, p. 20). For enkelhetens skyld og for å gjøre det klart for leseren at vi ikke har forlatt forvaltningsorganers verden vil jeg bruke begrepet «forvaltningssporet» som en paraplybetegnelse på det som Stub omtaler som «tilsynslovgivning», «tilsynsporet og lignende.

Gjør man et raskt blikk på det organisatoriske perspektiv ses likheter ved at samtidig med politiet framvekst og økende størrelse, har det vokst frem flere spesialiserte offentlige kontroller og tilsynsfunksjoner. Lovmessig kan en se paralleller med vedtakelse nye lover og fullmakter for politiet, øket også mengden særlovgivning med hjemler for tvangsmiddel og sanksjoner i forvaltningssporet(Stub, 2011, pp. 33-39).¹¹⁵

¹¹⁵ Eksempel er f. eks overtredelsesgebyr ilagt av Mattilsynet jf. dyrevelferdsloven med tilhørende forskrifter.

Av dette utleder jeg at for de forvaltningsorgan som har en bred flate mot innbyggerne (eks: Skatt, Toll og Konkurransetilsynet) og hvor det er en mergevinst ved effektiv kontroll og håndheving av generelle og individuelle rettslige forpliktelser, sikres disse organers makt og myndighet gjennom en aktiv anvendelse av legalitetsprinsippet fra lovgivers side. Den mest slående likheten mellom de to og når man ser til etterforskning (jf. Riksadvokaten, 1999, p. 3) og kontroll og tilsyn i forvaltningssporet (jf. Stub, 2011, p. 48) er at begge beskrives som en formålsstyrt prosess.

Komparativ studie

For denne oppgave vil det være av interesse å gjøre en videre komparativ studie mot likheter og ulikheter i straffesakssporet og forvaltningssporet. Det første som slår en er de to trekk som skiller de fra hverandre, den primære er at adgangen til å foreta undersøkelser og bevissikring i forvaltningssporet sine formål er atskillig videre enn for en det formål i en straffesak, mens den sekundære er at i forvaltningssporet er det mindre detaljregulering av saksbehandlingsregler (jf. Stub, 2011, p. 24). Dette skillet fremstår som uproblematisk så lenge det ikke er noen mistanke om straffbare forhold, og ikke er det grunnlag for å subsumere at straffeprosessloven i alminnelighet begrenser forvaltningsorganer å gjennomføre politisær virksomhet slik som kontroller og tilsyn da formålet ikke omfattes av strpl. §226 (jf. Stub, 2011, p. 415), utfordringen er nå disse to spor krysses.

I synet hva som skjer når forvaltningssporet springer ut av en straffesak eller rettens behandling, vil det avgjørende punktet være formål og perspektiver. At man i politiet ikke kan hoppe frem og tilbake i hvilket spor (forvaltning eller straffesak) man bruker og tvangsmidler en kan benytte og på hvilken måte når en etterforskning er åpnet, fremgår som tidligere nevnt av Justisdepartementet uttalelse at har man først åpnet en etterforskning kan ikke en politimessig bruk av tvangsmidler dekket under andre formål enn de som fremkommer jf. strpl. §226 (jf. Justisdepartementet, 2005, p. 42 - siste avsnitt).

For en ren forvaltningsmyndighet kan det på ene siden tolkes som uproblematisk å forfølge og anvende virkemidler i forvaltningssporet uten å gå inn på straffeprosessloven om en har perspektivet at en leser forvaltningslovgivning bokstavrett (jf. Stub, 2011, pp. 415-416). Derimot på den andre siden om det vektlegger at individet har behov for et større vern dersom en er mistenkt enn ellers så vil det fort være større rom for å diskutere om straffeprosessloven direkte eller indirekte innskrenker mulighetsrommet og bruken av virkemidler (jf. Stub, 2011, p. 416)

Rettsstilstand før og under en etterforskning

I forvaltningssporet om det ikke er åpnet en etterforskning så står man ovenfor et tveegget sverd. Den enkelte kan ikke påberope seg rettigheter etter straffeprosessloven jf. strpl §1 ovenfor forvaltningsmyndigheten som utøver sin myndighet fult, samtidig kan det ikke utelukkes at den enkelte allerede her vil ha et krav om rettsvern og staten v/ forvaltningsmyndigheten en sikringsplikt jf. Grl.§92 og EMK art.6 (jf.Stub, 2011, p. 418).¹¹⁶

Det sentrale her vil være vernet mot selvinkriminering, jf. EMK art.6 og jf. Grl §92 og §95.

EMD har i både **Funke v France** (Case A/256-A) fra 1993 og **Saunders v. United Kingdom** ("Case of SAUNDERS v. THE UNITED KINGDOM (Norsk sammendrag)," 1996) – hvor domstolen vurdert at vernet mot selvinkriminering omfatter at forklaringer gitt i forvaltningssporet ikke kan anvendes som bevis i en straffesak, da det ikke er i tråd med «fairness» prinsippet jf. EMK art.6 at en straffesak skal bygge på informasjon innhentet etter andre enn straffeprosessuelt formål.¹¹⁷

Om det derimot er åpnet en etterforskning, må det legges til grunn at bruk av forvaltningssporet metode og virkemidler er forenlig jf. EMK art.6 og jf. Grl §92 og §95 (jf.Stub, 2011, p. 420). I sin bok stiller Stub spørsmål hvorvidt det er en konsekvens ut fra f. eks Rt.1976 s.1447 (Reksten) at en formell siktelse medfører at forvaltningssporet må da følge straffeprosessen og det viser til at flere andre innenfor rettsvitenskapen som er for denne løsning (jf.Stub, 2011, p. 421). Jeg er enig med Stub at her kan det ikke etableres en absolutt regel, både da Rt.176 s.1447 bygger på den opphevede straffeprosessloven fra 1887, og at det heller må ses i lys av en interesseavveining fra sak til sak mellom det offentlig myndighetens behov for å løse sin oppgave i forvaltningssporet og partsrettighet etter strpl. for den mistenkte/siktede (jf.Stub, 2011, pp. 423-424) samt en helthetsvurdering jf. sikringsplikten for det offentlige jf. Grl. §92.

¹¹⁶ I dette tilfelle av den enkle grunn at jf. strpl. §1 kommer loven kun til anvendelse i straffesaker, dette er forankret også i Rt.1994 s610 (Bølgepapp)

¹¹⁷ Det bemerkes at EMD ikke har vært konsekvent i etterkant av Funke-saken, tvil har blitt skapt gjennom to andre saker **Jalloh v. Germany** og **O'halloran and Francis v. United Kingdom** (jf.Stub, 2011, p. 155) (jf. henvsining i Stub, 2011 s.155 - "Case of O'HALLORAN and FRANCIS v. THE UNITED KINGDOM (Norsk sammendrag)," 2007) og (jf. henvsining i Stub, 2011 s.155 - "Case of JALLOH v. GERMANY (Norsk sammendrag)," 2006)

Det er også grunnlag for å se på problemstillingen hva som skjer om forvaltningssporet er rettet mot andre eller samme forhold som straffesakssporet.

Om forvaltningssporet gjelder andre forhold, vil det både være en uhensiktsmessig innskrenkning det offentlige sin evne å håndheve lover, og skape en for vid tolkning av hva som omfattes av mistenkte / siktedes partsrettigheter hvis forvaltningens lovhjemler ble tolket innskrenkede (jf.Stub, 2011, p. 434). Men dersom det viser seg at forvaltningsmyndighet og politiet bevist søker å omgå straffesakssporet, kan det fort oppstå en motsatt tolkning at man skal se slik virksomhet som om en enkeltperson hadde vært erklært for mistenkt eller siktet (jf.Stub, 2011, p. 434 - siste avsnitt).

Når forvaltningssporet er rettet mot samme forhold, som omtalt tidligere faller ikke forvaltningsmyndigheters oppgaver vekk selv om det er startet en etterforskning jf. strpl §§224 og 226 og informasjonsdeling på dette tidspunktet mellom forvaltningsspor og straffesaksspor antas ikke å være imot sikringsplikten jf. Grl. §92 og den enkeltes partsrettigheter (jf.Stub, 2011, p. 435). Videre åpnes det for at momenter som bærer preg av nødrett (jf. strl §17) kan gi åpning for forvaltningssporet mot forhold som også berører straffesakssporet men hvor det er ingen formell inngang enda (jf.Stub, 2011, p. 435), basert på dette kan det ikke utelukkes at både hensyn ut fra nødverge jf. strl. §18 og selvtekt jf. strl §19 kan tjene som et grunnlag på lik linje som nødrettshensyn jf. strl. §17. Derimot i slike tilfeller kan forvaltningssporet ikke kunne benyttes dersom formålet søker å oppfylle strpl. §226 for politi og påtalemyndigheten (jf.Stub, 2011, p. 436) og jf. Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret §19.

7.4. Relevans for FSA sin polisiære virksomhet

Virkningen av legalitetsprinsippet (jf. Grl. §113) er at følgende tre betingelser må være oppfylt for å legitimere en offentlig virksomhets kontroll og tilsynsvirksomhet som er inngripende ovenfor den enkelte,

- hjemmelsgrunnlaget må være forankret i formell lov (jf. Grl §49 og §75)
- det gjøres nødvendig delegasjon dersom ikke hjemmelsgrunnlaget fremkommer eksplisitt i formell lov
- hjemmelsgrunnlaget må oppfylle klarhetskravet ved å omtale både hvem, hva, hvordan, når og på hvilken måte den offentlige virksomhet kan utøve kontroll og tilsynsmyndighet i forvaltningssporet.

Mangel på en av disse tre betingelser kan få den virkning at hjemmelsgrunnlaget for selve myndigheten å utføre sitt oppdrag ved er sviktende, eller basisen for å anvende makt eller være inngripende ovenfor den enkelte er mangelfullt. Noe som leder til at mulighetsrommet for effektive rettshåndhevelse som den offentlige forvaltning skal ivareta, blir innskrenket både av legalitetshensyn og for å ivareta det offentlige sin sikringsplikt jf. Grl §92. Mangler ved hjemmelsgrunnlaget i formell lov kan avhjelpest ved bruken av instruksjonsmyndighet som utledes fra Grl. §3 og sedvanerett (jf. Graver, 2007, p. 171). Det finnes eksempler på forvaltningsmyndigheter (eks: Havforskningsinstituttet) som basert på et hjemmelsgrunnlag ut fra instruksjonsmyndighet alene har et legitimt oppdrag å holde oversikt over bestemte felt i samfunnet og større geografiske områder utover egne kontorlokaler.

Samtidig skal vi ha i bakhodet at med selv med slik avhjelp, vil adgangen til å anvende inngripende virkemidler ovenfor den enkelte i forvaltningssporet være innskrenket til kun å anvendes internt i den offentlige virksomhet eller i dens underordnet organ som instruksjonsmyndigheten omfatter.

Gjøres det et komparativt blikk opp mot FSA generelle rettsgrunnlag, møter vi fort på denne problemstilling ved utøvelse av polisier virksomhet. Som det fremgår i innledningen i forskriften «Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret» (2010) hjemles den med Forsvarsdepartementets instruksjonsmyndighet. Sammenholdt med det som er omtalt i forrige avsnitt kan det derfor utledes at FSA sitt hjemmelsgrunnlag ut fra et forvaltningsrettslig standpunkt, kan ha tilstrekkelig legitimitet for at oppdragene som er fastsatt i Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret §4, ikke må tolkes innskrenkende til kun å omfatte organinterne forhold. Samtidig vil adgangen til å anvende inngripende virkemidler i forvaltningssporet være avgrenset til kun de offentlig(e) virksomhet(er) som forskriften Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret omfatter.

Når det ses på spørsmålet rundt inngripende midler ovenfor den enkelte, vil Lex superior prinsippet gi en avgrensning i rekkevidden av hvilke inngripende midler og hvordan disse benyttes som kan tillates i forvaltningssporet. Såfremt Forsvaret (inkl. FSA og ETJ) ikke har direkte lovhjemmel til å anvende et inngripende middel i forvaltningssporet som del av polisier virksomhet, vil det vanskelig kunne ses at instruks gitt av overordnet myndighet (Forsvarsdepartementet) eller organinterne bestemmelser har den nødvendig trinnhøyde for å sikre legaliteten ved bruk av metoder og fremgangsmåter som ellers er forbudt ved lov, sedvane, konvensjonsforpliktelser jf. Grl. §92 eller rettspraksis.

Videre av Lex superior prinsippet, dersom intet annet er fastsatt ved særlovgivning, vil også de ulovfestede grunnkravene til *god forvaltningsskikk* (jf. Graver, 2007, pp. 303-304) og *forsvarlig behandling* (jf. Graver, 2007, pp. 304-311) vil både måtte anvendes både for FSA sin utøvelse av polisier virksomhet i og i formålet som formuleres i forvaltningssporet, noe som kan relateres til verdier og krav som vi finner igjen i etterforskningssporet.¹¹⁸

Selve formålet ved FSA polisier virksomhet i forvaltningssporet må ikke gå ut over de «*de alminnelige skjønnskrankene*» (jf. Stub, 2011, p. 91) herunder å overholde krav om saklighet ved unngå å trekke inn hensyn som er uvedkommende for den aktuelle saken, mangel på å trekke inn relevante hensyn, usaklig forskjellsbehandling eller er av sin natur er grovt urimelig for resultatet (jf. Boe, 1981, p. 42). Samtidig vise ryddighet i hva som utgjør hoved- og sidehensyn i formålet (jf. Bernt, 1978) og som har en direkte motsvarighet i etterforskningssporet (jf. T.-G. Myhrer, 2001, p. 17 - avsnitt nr.2).

¹¹⁸ Jf. krav til etterforskning om «*rettssikkerhet og hensynsfull og rettferdig behandling*» (jf. Riksadvokaten, 2009 - del 3, pkt.2) og *kvalitet i alle ledd, nødvendig bredde og det er notoriet / sporbarhet* (Jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 32-33)

Når det så er etablert et formål innenfor forvaltningssporet vil FSA skjønnsutøvelsen ved en polisiære virksomhet videre være regulert ut fra forholdsmessighetskravet til forvaltningen ved inngrepet som gjøres (jf. Graver, 2007, pp. 128-129), noe som har klare paralleller til etterforskningssporet (jf. *Riksadvokaten, 1999- del 3, pkt. 3, andre avsnitt*) og vil kunne påvirke vurderinger om hvorvidt man skal opprette eller forfølge videre saker i forvaltningssporet. Ut fra de kilder en har funnet vil det i prinsippet være anledning til domstolskontroll og full prøvingsrett av FSA polisiære virksomhet i forvaltningssporet (jf. Graver, 2008a, p. 384 - siste avsnitt) (jf. Rt-2008-560). Sannsynligheten derimot at dette skjer er derimot usikker da primærkontrollen med FSA gjøres gjennom Stortingets EOS-utvalg, ei heller som følge av læren om organisasjonsmyndighet at det ikke er anledning for at tilsvarende eller underordnet organer i den statlige sektor kan reise søksmål mot overordnet organ. Derimot kan det ikke utelukkes at i fremtiden kan det oppstå situasjoner der det gjøres inngrep ovenfor den enkelte i forvaltningssporet som er gjenstand for domstolsprøving jf. Tvisteloven §1-3.

Når det gjelder grenseganger mellom forvaltningssporet og etterforskningssporet vil dette måtte ses ut fra det formål og rolle FSA har. Utledes dette fra Sikkerhetsloven med forskrifter vil virksomheten omfattes av forvaltningsmessige bestemmelser og roller. I perspektivet som en forvaltningsmyndighet vil det være uproblematisk jf. prinsippet om det to-sporede system at FSA utfører forvaltningsgjøremål parallelt med en straffesak. Arbeid innenfor det som da vil være forvaltningssporet vil i ulik grad påvirke utførelsen av slik polisiær virksomhet. I forkant av en evt. etterforskning er det full anledning å utøve forvaltningsmessige gjøremål og inngrep, samtidig skal en være bevist på at man som en del av det offentlige har man en grunnleggende sikringsplikt jf. Grl. §92 at den enkelte som inngrepet retter seg mot vil ha et samtidig og fremtidig vern mot selvinkriminering (jf. EMK art. 6 og jf. §95). Konsekvensen kan være at bevis innhentet i forvaltningssporet kan bli avskåret som bevis i en evt. straffesak.

Det ble i kapittel 6 omtalt «avgrensede undersøkelser» (jf. Riksadvokaten, 1999, p. 5 - pkt.4) og gjort et komparativt blikk opp mot forskrift om sikkerhetsadministrasjon §5-1.

Det vurderes at FSA har som en kontrollmyndighet en unik mulighet ved å kunne operer på flere spor parallelt men samtidig meget tett. Selv om forskrift om sikkerhetsadministrasjon § 5-1 i seg selv er en forvaltningsbestemmelse, er dens formål opp til et visst punkt identisk med avgrensede undersøkelser. For FSA polisiære virksomhet vil anvendelse av §5-1 opp mot avgrensede undersøkelser (jf. Riksadvokaten, 1999, p. 5 - pkt.4) være den foretrukket metode da den ikke ekskluderer at andre forvaltningsmessige, etterretnings eller forebyggendespor kan forfølges samtidig. Med disse muligheter, vil da løpende juridisk kontroll være essensielt for å påse at både krav til legalitet, saklighet, forholdsmessighet, objektivitet og partsrettigheter blir ivaretatt.

Om det derimot er åpnet en etterforskning, må det legges til grunn at bruk FSA sin av inngripende metoder og virkemidler i forvaltningssporet må være forenlig jf. EMK art.6 og jf. Grl kap E. Videre vil det også være gjeldene for FSA at det må foretas en interesseavveining fra sak til sak mellom behov for å løse sin oppgave i forvaltningssporet og partsrettighet etter strpl. for den mistenkte/siktede (jf. Stub, 2011, pp. 423-424) samt en helthetsvurdering jf. sikringsplikten for det offentlige jf. Grl. §92.

Videre vil det kunne legges til at grunn at med mindre det er snakk om en bevist omgåelse for å utnytte forebyggende formål for å reelt oppfylle for å oppfylle strafferettslige formål jf. strpl. §226, vil dette ikke en evt. eller pågående etterforskning påvirke FSA sin adgang til å utøve forvaltningsoppgaver enten de er rettet mot samme eller andre forhold som etterforskningen er innrettet mot. Samt det vil her være lite problematisk å utveksle informasjon mellom FSA og politiet i slike tilfeller, med mindre det er underlagt andre regler om taushetsplikt som forbyr dette. Det kan til og med her tenkes at tenkes at FSA i forvaltningssporet vil ha en større inngang for å utrede et forhold enn en politimyndighet i et etterforskningsspør ut fra de samfunnshensyn som skal ivaretas (jf. Stub, 2011, p. 435),

Selv om det fremstår som at FSA sitt mulighetsrom for polisiær virksomhet i forvaltningssporet er i mindre grad er regulert enn en etterforskning vil være, betyr ikke at det er rom for «cowboyrvirksomhet». Som del av det offentlige, påvirkes FSA legitimitet til å løse sitt samfunnsoppdrag av kodifisering og inkorporere i norsk rett ulike traktarettslige forpliktelser jf. Grl. §92 og av andre rettslige hensyn ovenfor den enkelte.^{119 120} Det vurderes at her stilles det økende krav til både organisasjonen og personellet kompetanse til å forstå rammer og skranker som er absolutte innenfor blant annet forvaltningssporet.

Det fremstår at skillet mellom forvaltningssporet og etterforskningssporet når det gjelder krav om rettsikkerhet, legalitet, proporsjonalitet, etikk, tillit fra publikum og reell kontroll (jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 40-41) er stadig minskende. Katalysatoren for denne tilnærming er ikke alene pga. politiske strømninger, kontrollorgan slik som EOS-utvalget, evt. domstolskontroll, men av storsamfunnet i deres forventning til hva begrepet «profesjonalitet» for det offentlige innebærer. Hvor konsekvensen er at enten den er reell eller en fiktiv oppfatning om mangel på FSA sin profesjonalitet. Vil dette også påvirke den legitimiteten for å ha adgang til og omfanget avdelingen kan utøve inngripende midler i forvaltningssporet i rammene av polisiær virksomhet (jf. Larsson & Gundhus, 2007, p. 16 - utdrag fra Bayley, David H (1990). Patterns of policing. A comparative international analysis).

¹¹⁹ Jeg har tidligere i kapittelet vist til ringvirkning ved legalitetsprinsippet eller *lex specialis*, at vern mot selvinkriminering jf. Grl. §95 og EMK art.6 vil gjelde i alle faser av forvaltningssporet, og forbudet mot at forvaltningssporet benyttes for å oppfylle formål jf. strpl. §226 (jf. Stub, 2011, p. 436)

¹²⁰ Eksempel på dette er innføring av felles personvernregler i EU og EØS området i 2018 (EU-kommisjonen, 2017)

8. ANALYSE

Over flere kapitler har det blitt presentert en større mengde med informasjon og betraktninger. Den røde tråd jeg har forsøkt å holde gjennom kapitlene er hvilken betydning de har for fagfeltet mil.ke. Graver uttaler at kjennetegn ved en rettsdogmatisk oppgave er et «løft» som skiller den fra en vanlig juridisk utredning, og viser til bruk av analyser for å gjøre dette løftet (jf. Graver, 2008b, p. 173). I dette kapitlet vil jeg derfor gjøre enkelte analyser som inkluderer både teori fra politivitenskapen (kap.2) og rettsvitenskapelig betraktninger (kap. 4 til 7).

Hva er mil.ke?

Dunlap viste i sine betraktninger om fordeler og ulemper ved økte antall politioppgaver for militære styrker, at uansett hvor alvorlig en kriminell handling er, transformerer ikke alvorligheten av handlingen ene og alene gjerningsmennene til noe mer enn å være simple kriminelle (jf. Newburn, 2005, p. 792). Med utgangspunkt i denne påstanden vil handlinger som spionasje, sabotasje eller terrorisme være en trussel mot nasjonale sikkerhetsinteresser, mens de som utfører handlingene er ikke mer enn simple kriminelle på lik linje som f.eks. en person som hvitvasker penger.

Ulempen ved f.eks. Instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret §2 3. ledd og §28 er at de ikke besvarer hva mil.ke egentlig er. For «mannen i gata» vil bestemmelsene kun oppfattes som generiske og abstrakt beskrivelser. I motsetning til politiloven §2 gir ikke disse klarhet i hva er det reelle innholdet i oppgavene mil.ke (og lignende) skal løse faktisk er. Selv om sikkerhetstjeneste internt i Forsvaret og avdelinger som FSA har vært preget av hemmelighold (Synstnes, 2015, pp. 360-361) og det fremstår som at det eksisterer en aksept for at avdelingen ikke omtales aktivt, er dette potensielt problematisk opp mot legalitetsprinsippets krav om tilgjengelighets- og klarhet. Ikke bare skaper det usikkerhet i befolkningen om hva Forsvaret kan og ikke kan gjøre, det gir også grobunn for spekulasjoner og overskrifter uten rot i virkeligheten.¹²¹

¹²¹ Eksempel på spekulasjon og overskrift uten rot i virkeligheten grunnet overdreven hemmelighold kan hentes fra «FOST-saken», hvor overskriften til følgende artikkel «Hemmelig tjeneste granskes» <http://www.tv2.no/a/2657931/> (Artikkel skrevet av: Østby, 2009)

Med Dunlap sine betraktninger i bakhodet, og sett i sammenheng med grunnsetningen om hva forebyggende sikkerhetstjeneste skal ha som formål, hvor det å være forebyggende er et sentralt tema (jf. sikkerhetsloven §1 bokstav a.), og hva mil.ke og lignede virkemidler skal identifisere og motvirke (jf. instruksen for sikkerhetstjeneste §2, 3.ledd og §28, bokstav g.), så vurderes det at mil.ke og lignende reelt handler om kriminalitetsbekjempende aktivitet (jf. Busch, 2010).¹²²

Modeller

I erkjennelsen av at FSA sitt mil.ke og lignende virksomhet er en kriminalitetsbekjempende aktivitet (jf. Busch, 2010), kreves det at det gjøres enkelte valg relatert til hvilken rolle FSA som del av det militære har ovenfor det sivile samfunnet. Jeg definerer her tre modeller: kriger, politi eller saksbehandler. Hver rolle påvirkes av hvordan rettstatens idealer og juridisk handlerom påvirker legitimitet å utøve makt og det juridiske handlerom.

Kriger

I krigerrollen forankres primæroppdraget i å ivareta nasjonens ytre sikkerhet. Dette gjøres ved overvåkning og kontrollmetoder for å ivareta *suverenitetshevdelse* (jf. Auglend, 2015, p. 320). I denne rolle påvirkes synet på motparten eller de som støtter motparten (f.eks. insidere), som omtales som «fiender» (jf. Newburn, 2005, p. 791). Militær oppdragsløsning og virkemidler tas i bruk og maktanvendelse følger kun proporsjonalitetsreglene i krigens folkerett, noe som svekker rettstaten (jf. Newburn, 2005, p. 791). I denne rollen følges separasjonslinjen, da de militære styrkene i større grad er distansert fra det sivile samfunnets styringslinjer, og skal være et strengt apolitisk organ (jf. Easton et al., 2010, p. 21) (kf. Huntington, 1957). Her oppstår det et sterkt behov for ekstern kontroll av organer slik som EOS-utvalget.

¹²² Kriminalitetsbekjempelse: «tiltak som settes inn med sikte på å forhindre at det begås straffbare handlinger (forebyggende eller proaktive tiltak) og deretter oppklaring og urretteføring av begått kriminalitet (reaktive tiltak) (Busch, 2010)

I krigerrollen videreføres separasjonslinjen og det tradisjonelle synet om at etatene skal være separate og ha hver sin konkrete rolle (jf. Easton et al., 2010, p. 25). I denne rolle er det derimot liten eller ingen legitimitet ved inngripen ovenfor det sivile samfunnet, da «profesjonalitets»aspektet er fraværende, jf. Bayley sin teori om de tre kjennetegn på det moderne politiet (jf. Larsson & Gundhus, 2007, p. 16 - utdrag fra Bayley, David H (1990). *Patterns of policing. A comparative international analysis*). Et unntak er for å slå ned opprør (jf. Grl. §101 3.ledd) (jf. Auglend, 2015, p. 327).¹²³ Videre, grunnet det strenge kravet om separasjon, forventer innbyggerne en høy grad av respekt for personvernet og personlig integritet (jf. Grl. §102) og beskyttelse mot indirekte og fordekt maktanvendelse fra det militære (jf. Grl. §101 3.ledd) (jf. J. P. Berg, 2001, pp. 118-120).

I utgangspunktet skal derfor de militære ikke utføre aktiviteter rettet mot innbyggerne. Opplysninger som fremkommer om den enkelte vil ikke kunne benyttes i et sivil formål, da det utgjør en kontinuerlig krenkelse av statens sikringsplikt (jf. Grl. §92) og skal avskjæres som følge av rettspraksis (f.eks. jf. Rt.1991 s.616 «Gatekjøkken», sml. Halford v. The United Kingdom (1997)).¹²⁴ Innenfor egen organisasjon kan det tillates å rette blikket mot potensielle insidere og handle ut fra instruksjonsmyndigheten, men samtidig vil terskelen for når «rimelig grunn», jf. Strpl §224, være lavere for å sikre at rett politimyndighet håndterer saken, som faller utenfor fokuset og mandatet til krigerrollen.

¹²³ Og lignende synspunkter som finnes hos (Castberg, 1964), (C. Smith, 1984), (J. P. Berg, 2001), (Frostad, 2009). (Rui, 2011), (Frølich, 2012), (Auglend, 2015) og (Hoel, 2016)

¹²⁴ No. 20605/92, ECHR 1997-III, 24 EHRR 523 (25 June 1997)

Politi

Politirollen innebærer en fusjonslinje der det tas større skritt for å skape en klar rolle for de militære som en politistyrke, og for å etterstrebe en superidentitet der kriger og politimann blir fusjonert til ett (Jf. Easton et al., 2010, p. 25) (kf. Adler & Britt, 2003- artikkel av V. Francke).

I denne modell fokuseres det på ivaretagelse av den indre sikkerheten gjennom full politimessig *myndighetsutøvelse* (jf. Auglend, 2015, p. 320). Ved denne rollen transformeres mil.ke sin virksomhet til utøvelsen av normale polisiære oppdrag jf. politiloven §2 (sml politiloven kap. 3a), og er da underlagt både de samme reglene knyttet til straffeprosess ved strpl. §224 og §226 som politiet for øvrig, og påtalemessig kontroll under Riksadvokaten. Dette vil føre en mer aktiv kontroll med mil.ke enn det EOS-utvalget gjør. I teorien kan mil.ke i denne rollen, avhengig av hjemmelsgrunnlag, fullt ut etterforske i hele spekteret fra disiplinære saker (jf. disiplinærloven §1) til straffbare forhold etter straffeloven.

Med politirollen er det mulighet å oppnå høy legitimitet ved at arbeid og kvalitetskontroll bygger opp under anseelse«profesjonalitet», jf. Bayley sine teorier om det moderne politiet.¹²⁵ For å kunne oppnå denne modell vil det måtte gjøres vesentlige lovmessige grep for å tilfredsstillende både vernet av enkeltpersoner mot militær maktbruk (jf. Grl. §101,3.ledd), personvernet (Grl. §102) og legalitetsprinsippet (jf. Grl. §113), herunder må det være en tilfredsstillende og klar lovhjemmel som gir adgang til bruk av makt og integritetskrenkede virkemidler i kriminalitetsbekjempende formål.¹²⁶ I tillegg til dette vil det være behov for både omskolering og kompetanseheving av personellet for å sikre at de handler både iht. politiloven §6, og samtidig fremmer en yrkeskultur hvor man går vekk fra fiendebildet og i stedet ser «borgere» som har begått en kriminell handling (jf. Newburn, 2005, p. 791).

¹²⁵ (jf. Larsson & Gundhus, 2007, p. 16 - utdrag fra Bayley, David H (1990). Patterns of policing. A comparative international analysis)

¹²⁶ Jf. punkt 8.2.1 hvor det fremheves at «[militær bistand] til andre former for kriminalitetsbekjempelse [...] krever imidlertid klar lovhjemmel.»(NOU, 2002)

Det som fremheves som faren for f.eks. de militære styrkene ved en slik rolle, er svekkelse av nasjonal beredskap (Newburn, 2005, pp. 790-791). I tillegg foreligger en økt risiko for overgrep grunnet personell med manglende kompetanse om hvordan man kan løse sin oppgave og opptre proporsjonalt om en skulle åpne opp for en vid anvendelse av militære styrker (jf. Easton et al., 2010, p. 25).

Saksbehandler

I denne rollen fokuseres det også på ivaretagelse av den indre sikkerhet gjennom *myndighetsutøvelse* (jf. Auglend, 2015, p. 320), men her er etterforskningen overlatt til en politimyndighet. Denne tredje rollen kan relateres til «samarbeidslinjen» i hvordan man organiserer forholdet mellom militære styrker og politiet (Easton et al., 2010, p. 25).

I denne rollen er formål og hensikt klart rettet mot kontroll og tilsynsvirksomhet med en forvaltningsrettslig hjemmel. Det følger av legalitetsprinsippet at inngrep i den enkeltes rettsfære krever hjemmel i formell lov. Ved behov kan hjemmelsgrunnlaget for interne anliggende i forvaltningsorganet utfylles med bestemmelser gitt i medhold av instruksjonsmyndighet. Videre følger det av Lex superior prinsippet at f.eks. bestemmelser gitt med hjemmel i instruksjonsmyndigheten ikke kan gå utover de rammene rettskilde av høyere rang har satt eller legalisert, noe som er forbudt.

Selv om denne rollen sitt hjemmelsgrunnlag er utledet fra forvaltningsretten, er dette ikke til hinder for polisier virksomhet som er kriminalitetsbekjempende innenfor forvaltnings-, forebyggende-, etterretnings-, og avgrenset undersøkelsesporet, da dette faller utenfor etterforskningsbegrepet (jf. Riksadvokaten, 1999, pp. 3-4 - 1ste og 3de avsnitt). Samtidig må formålet i disse sporene ivareta grunnprinsipper som f.eks. legalitet, kontradiksjon, forsvarlig saksbehandling, nøytralitet, saklighet og forholdsmessighet (jf. Graver, 2007 - kap 4 til 6).

Om saksbehandlerrollen skal oppnå høy legitimitet, vil det måtte stilles sterkere krav til arbeid og kvalitetskontroll. For å ha nødvendige standarder på plass, vil det i det daglige arbeidet forventes at prinsipper som *god forvaltningsskikk* (jf. Graver, 2007, pp. 303-304)

og forsvarlig behandling (jf. Graver, 2007, pp. 304-311).¹²⁷ ivaretas for å sørge for den statlige sikringsplikt (jf. Grl. §92)

Her vil kontrollorgan som f.eks. EOS-utvalget være av betydning for å etablere offentlig tillit, mens integrert juridisk kontroll vil stå for internkontroll og være tillitsskapende ovenfor samarbeidene parter. I sum vil dette bygge opp under hvorvidt man anses som profesjonell, jf. Bayley sine teorier for å få legitimitet.¹²⁸ Som tidligere nevnt åpner samarbeidslinjen for at man kan få nytte av hverandres styrker, men svakheten er at dette krever en mer helhetlig tilnærming og et kompetanseløft hos begge parter, samt veldefinerte styringslinjer og grenser.

¹²⁷ Noe som har sterke likheter med Riksadvokaten kvalitetskrav (jf. Riksadvokaten, 2009 - del 3, pkt.2) og grunnsetninger til etterforskning (Jf. Bjerknes & Johansen, 2009, pp. 32-33)

¹²⁸ (jf. Larsson & Gundhus, 2007, p. 16 - utdrag fra Bayley, David H (1990). Patterns of policing. A comparative international analysis)

Vurdering

«Krigerrollen» og separasjonslinjen forkastes da de av natur passer bedre i væpnet konflikt og sannsynligvis ikke er forenlig med statens sikringsplikt i fredstid (jf. Grl. §92). I tillegg har denne rollen en rekke negative ringvirkninger (jf. Nordenhaug & Engene, 2008, pp. 43-44).

«Politirollen» og fusjonslinjen er vurdert, men forkastes da denne løsningen i sin rene form fremstår som urealistisk å gjennomføre. Det ville ha krevet vesentlige lovendring for å adressere legalitetsutfordringene, slik som å øke hjemmelsgrunnlag for maktanvendelse for å kunne etablere en parallell og likeverdig politiorganisasjon.

Dette ville ha vært i motstrid med det tradisjonelle synet på at et sivilt politi er den sentrale institusjonen som utfører politioppgaver i samfunnet (jf. Larsson & Gundhus, 2007, p. 12). Politirollen forutsetter videre at i tillegg til en økning i Forsvarets politioppgaver, må politiet omorganiseres og struktureres til å bli mer likt de militære styrker. Dette vil være et vesentlig brudd med prinsippet om at sivilt politi (slik vi har i Norge) best skal kunne ivareta samfunnssikkerheten ved hjelp av både preventive og reaktive metoder som de militære styrker ikke kunne stå for (Allan Silver - «The demand for order in civil society» -Newburn, 2005, pp. 12-13).

Etter en helhetlig vurdering fremstår «saksbehandlerrollen» og samarbeidslinjen som den foretrukne løsning for mil.ke sin rolle i kriminalitetsbekjempelse. Løsningen medfører i liten eller ingen grad behov for lovendringer, og legitimitetsproblematikken kan raskt adresseres. Denne rollen benytter kjente prinsipper i saksbehandlingen og muliggjør arbeid langs flere spor som ikke er etterforskning. Dette er den løsning som ut fra et juridisk perspektiv på FSA polisiære virksomhet gjennom mil.ke, gir størst fleksibilitet i hjemmelsgrunnlaget for oppdragsløsning og en trygg forankring i rettstatens idealer.

9. AVSLUTTENDE DEL

9.1. Oppsummering

FSA som et forvaltningsorgan i Forsvaret har både muligheter og visse begrensninger for utøvelse av polisiær virksomhet. Gjennom å vite grenser for de ulike formål som ikke faller inn under etterforskningsbegrepet, vil en på best mulig måte og med et tilstrekkelig forvaltningsrettslig hjemmelsgrunnlag kunne løse de pålagte oppdrag, samtidig som en oppfyller en rekke forpliktelser og vernebestemmelser offentlige myndigheter har ovenfor den enkelte.

Problemstillingen for oppgaven var å fastslå hvor grensene gikk mellom forvaltningssporet og etterforskningssporet for den polisiære virksomheten som FSA utøver gjennom mil.ke (og tilsvarende) aktiviteter.

For å løse den metodiske utfordringen av å gjøre et dypdykk i visse deler hos den polisiære virksomheten til FSA og i et fagfelt som er normalt lite omtalt og preget av hemmelighold. Ble det valgt å gjøre en rettsdogmatisk studie basert på rettskilder som er offentlig tilgjengelige. Gevinsten ved å velge denne løsningen fremfor en normal kvalitativ studie, var å belyse et sjeldent omtalt rettsområde til en form for polisiær virksomhet med flere grenseflater opp mot politiets og PST sin virksomhet og arbeidsoppgaver. For å svare på dette spørsmålet har det blitt funnet frem og gjort rede for relevant teori fra faget politivitenskap og belyst visse rettslige problemstillinger innenfor rettsvitenskapen. Av dette kan man utlede slutninger fra både et teoretisk perspektiv og ut fra rettskildene.

Funn fra teori

Fra politivitenskapelig teori var hovedfokuset på skillelinjeproblematikk mellom sivilt politi og militære styrker. Det som fremgikk av kildene var tre mulige strategier for å adressere denne problematikken på og gikk på separasjon, samarbeid eller fusjonering (jf. Easton et al., 2010, p. 25). Ut fra funn i teori og fra rettskildene var det nødvendig å stille spørsmål om hva mil.ke egentlig er og reelt gjør. For å avgjøre dette tok jeg utgangspunkt i Dunlap sitt utsagn om at alvorlige hendelser slik som spionasje og terrorisme var i bunn og grunn kriminalitet på lik linje med annen kriminelle handlinger (jf. Newburn, 2005, p. 792).

Det ble gjort sammenligninger mellom sikkerhetsloven, instruks om sikkerhetstjeneste i Forsvaret og Riksadvokat sin definisjon av kriminalitetsbekjempelse (jf. Busch, 2010), hvor det ble vurdert at det var her tilstrekkelige likheter i ordlyd og semantisk betydning, at mil.ke og lignende virksomhet er i realiteten og kan betegnes som kriminalitetsbekjempelse. Denne konklusjon medførte at FSA må gjøre et valg i hvilken rolle mil.ke skal ha ovenfor det sivile samfunnet. Siden det vil være et spørsmål om hvilke rettsregler som kommer til anvendelse og oppfattelse av legitimitet for maktanvendelse. Det ble gjort en tredeling i roller (kriger, politi og saksbehandler) som ble sammenlignet opp mot de tre nevnte strategier (jf. Easton et al., 2010, p. 25). Etter en helhetlig vurdering fremstår en rolle innenfor forvaltningsretten som en kontroll og tilsynsorgan (saksbehandlerrollen) og med en samarbeidslinje opp mot politi og PST som den foretrukne løsning for mil.ke sin rolle i kriminalitetsbekjempelse ut fra et politivitenskapelig teoretisk perspektiv.

Oppgavens tema og hovedspørsmål

Ut fra rettskildene som er presentert i denne oppgave, fremstår det som et klart svar på oppgavens hovedproblemstilling og tematikk om hvor går grensen mellom forvaltningssporet (eller andre spor som ikke faller inn under etterforskningsbegrepet) og etterforskningssporet i FSA utøvelse av mil.ke og lignende virksomhet. At dette vil følge de rammer fastsatt av Riksadvokaten i RA-1999-3 (Riksadvokaten, 1999) og gitt utfyllende betraktninger rundt i juridisk teori ved Myhrer (Jf. T.-G. Myhrer, 2001; T. G. Myhrer, 2015).

Utover at FSA mottar en formell anmeldelse (jf. strpl. §224) eller blir beordret til å etterforske av militær foresatt (jf. instruksjonsmyndigheten).

Vil dette primært avgjøres ut fra en løpende vurdering av formålet bak FSA sin mil.ke og lignende virksomhet, og hvorvidt de kan tjene formålene nevnt i strpl. §226, 1.ledd. Som avgjør hvor grensen går mellom forvaltningssporet og etterforskningssporet. Det bemerkes her at disse formålene ikke kun er begrenset til handlinger som er straffbare jf. straffeloven, dette omfatter enhver straffebestemmelse (eks. sikkerhetsloven §31) og disiplinærregler for ansatte i det offentlige slik som refselse (jf. disiplinærloven) eller ordensstraff (jf. tjenestemannsloven §14).

Alternativt dersom vurdering av formålet ikke gir et nødvendig klart svar, kan det stilles kontrollspørsmål til hva er hensikten med virksomheten som utføres. Hvor grensen mellom forvaltningssporet og etterforskningssporet er i de tilfeller en kan svaret «JA» til hvorvidt omstendighetene rundt en hendelse gir «rimelig grunn» til å undersøke om det foreligger straffbart forhold (jf. strpl. §224, 1.ledd). Hvor «rimelig grunn» vurderer ut fra faktorer slik som «sannsynlighet, proporsjonalitet (forholdsmessighet) og saklighet» (jf. Riksadvokaten, 1999- del 3, pkt.3, andre avsnitt).

Metodikken for å avgjøre grensen mellom forvaltnings- og etterforskningssporet når det gjelder formålsvurdering kan være den tradisjonelle skjønnsmessig juridisk vurdering, hvor en benytter føringer gitt av påtalemyndigheten eller tolkningsmomenter fra juridisk teori (jf. T.-G. Myhrer, 2001, pp. 8-9 - pkt 2 "Hva er formålet med etterforskning?"). Men det kan heller ikke utelukkes at f. eks den hypotetiske-deduktive metode og falsifikasjonsprinsippet kan tas i bruk.^{129,130}

Ved bruk av denne metode vil alle formålene nevnt i strpl. §226, 1.ledd være de hypoteser som skal testes, for å se om vi kan falsifisere dem. Hvor en falsifikasjon innebærer at formålet ikke er oppfylt og man befinner seg utenfor etterforskningssporet. Jf. sikringsprinsippet (jf. Grl. §92) må spørsmålet være formulert på en slik måte som best ivaretar hensynet til den enkeltes rettsikkerhet og sikrer at konvensjonsforpliktelser overholdes. Eksempel på en hypotese som oppfyller dette krav er:

«Kan undersøkelsen avverge eller stanse straffbare handlinger?» (jf. strpl. §226,1.ledd, bokstav c.).

Er svaret nei her foreligger det ikke et etterforskningsformål etter denne delen av strpl. §226.

Det bemerkes at grensegangen er her ingen krav til at prosessen må være rettet mot en eller flere bestemt personer for at en virksomhet skal omfattes av etterforskningsbegrepet, dette synet forankres hos Myhrer som utaler at: *«Etterforskning er en formålsbestemt innsamling av informasjon for å avklare om det er grunnlag for å reagere strafferettslig mot noen for en utvist atferd. Denne nedre avgrensningen innebærer at også undersøkelser som foregår i det skjulte og kanskje ennå ikke er rettet mot noen bestemt (e) person(er), er å regne som etterforskning.» (jf. T. G. Myhrer, 2015, p. 14)*

¹²⁹ «Den hypotetisk-deduktive metode tar utgangspunkt i en (hypo)tese H (en påstand eller antagelse) hvis holdbarhet man ønsker å undersøke. Dette gjør man ved å trekke (dedusere) slutninger (S) fra hypotesen» (Alnes & Tønnessen, 2015b)

¹³⁰ «Falsifisering, påvisning av at en teori (hypotese, påstand) er gal eller uholdbar.» (Alnes & Tønnessen, 2015a)

Videre som en konsekvens av grunnlovsrevisjonen i 2014, og ringvirkningen av sikringsprinsippet jf. GrL. §92, er det et økt fokus at offentlige myndigheter sikrer den enkeltes rettsikkerhet ivaretas og forebygge krenkelser av konvensjonsforpliktelser. Det kan derfor ikke gjøres tolkninger, bruke villedende eller ufullstendige begreper, eller omformuleringer av formål eller definisjoner, som bevist søker å omgå etterforskningsbegrepet eller å frata personer sine partsrettigheter.

Det følger videre av både sikringsplikten og Lex superior prinsippet at grensen mellom forvaltnings- og etterforskningssporet kan ikke rettskilder av lavere trinnhøyde (eks organinterne dokumenter i FSA) gi adgang til å gå utover de rammer eller forbud satt av rettskilder med høyere trinnhøyde.

Etterforskning er både et tungt forankret og autonomt begrep i norsk rett, semantisk forståelse, nøyaktighet i ordbruk og forståelse av formål og hensikt er derfor viktige elementer for å avgjøre hvor grensen går mellom forvaltningssporet og etterforskningssporet. Lex superior prinsippet får her en innvirkning at definisjoner / begreper fra utenlandske rettskilder må ses i lys av og tolkes opp mot straffeprosesslovens og andre nasjonale rettskilder begreper og forståelser av disse.¹³¹

Andre problemstillinger oppgaven svarer på

Saklig og geografisk virkeområde

Som en del av den forebyggende sikkerhet og at hjemmelsgrunnlaget til FSA virksomhet hentes fra dette rettsområde. Kan FSA sin mil.ke eller lignende virksomheter ikke gå utover det saklige virkeområdet til sikkerhetsloven som utledes lovens §2 og ses i sammenheng med formålet i samme lovs §1, bokstav a. Videre er dette konkretisert i Forsvarsdepartementets instruks for sikkerhetstjeneste i Forsvaret §1 som angir en tydelig ramme for det saklige virkeområde om at fokuset for FSA som helhet å kun være innenfor den militære sektor.

Når det gjelder geografisk virkeområde for FSA (herunder mil.ke og lignende virksomhet), må dette ses i to perspektiver, den første ved bruk av makt / integritetskrenkende metoder, og den andre er sammenstilling av informasjon om sikkerhetstruende hendelser.

¹³¹ F. eks har det engelske ordet «investigation» en klar henvisning og forståelse og måtte tolkes innskrenkende til å tilsvare ordet «etterforskning» på norsk.

Derimot vil bruk av ordet «inquiry» ha flere betydninger og kunne tolkes utvidende og dermed være relevant for f.eks formål / spor som faller utenfor etterforskningssporet.

Makt / integritetskrenkende metoder

Adgangen å anvende makt eller integritetskrenkende metoder eller virkemidler vil være avgrenset av vern av personlig integritet (jf. Grl. §102), legalitetsprinsippet (jf. Grl. §113) og Lex superior prinsippet. For FSA sin del må dette ses ut fra hvor geografisk det er adgang også å kunne benytte militær politimyndighet. I dette tilfelle må begrepet «norsk territorium» jf. Instruks om sikkerhetstjeneste §28 tolkes innskrenkende. Adgangen til dette vil da kunne tolkes å kun omfatte militære områder (leire, øvingsområder, fartøy og transportmiddel) og den umiddelbare nærhet til disse områder jf. lov om militær politimyndighet §1. Avgrensninger av et umiddelbart område vil variere og må vurderes individuelt, og ta hensyn til både beskyttelse mot sikkerhetstruende virksomhet, samtidig som en må ivareta statens sikringsplikt jf. Grl. §92

Sammenstilling av informasjon om sikkerhetstruende hendelser

Til forskjell fra perspektivet rundt makt / integritetskrenkende metoder, innebærer ikke dette automatisk forhold som krever eksplisitt lovhjemmel. Dersom en forutsetter at informasjon som innsamles og sammenstilles jf. Instruks om sikkerhetstjeneste §28, 1.ledd bokstav a. kan hjemles ut fra formål og nødvendighet er forenlig med Instruks om sikkerhetstjeneste §19 eller omhandler informasjon som faller utenfor denne bestemmelse. Kan derimot bruk av instruksjonsmyndigheten i slikt tilfelle (jf. Graver, 2007, p. 171) gi rom for angi et geografisk virkeområde som harmonerer med begrepet «norsk territorium» jf. forskrift om fremmede statsfartøyer fra 1997 sin §2, 11.ledd definisjon av dette begrepet.¹³² Og ikke kun være avgrenset til militære områder og umiddelbar nærhet. Videre om en forutsetter at innhenting av informasjon ikke utgjør et inngrep i den personlige rettsfære som er av et kvalifisert forhold (jf. UiO, 2016 - lysbilde nr 7) vil det ikke være krav jf. legalitetsprinsippet (jf. Grl. §113) til lovhjemmel for metodebruken. Samtidig følger det av Grl. §92 at det kan ikke benyttes metoder som vil utgjøre et brudd på konvensjonsforpliktelser, og av Lex superior prinsippet kan ikke organinterne bestemmelser tillate å benytte virkemiddel eller metoder som enten er forbudt eller regulert i lovs form.¹³³

¹³² forskrift om fremmede statsfartøyer fra 1997 sin §2, 11.ledd - definisjon: «Med norsk territorium forstås alt norsk landområde, indre farvann og sjøterritoriet, samt luftområdet over disse».

¹³³ Eksempel på regulerte metoder: skjult overvåkningskameraer jf. Personopplysningsloven kap.8. Eller bruk av falske basestasjoner jf. Ekomloven §6-2 og jf. Ekomforskriften kap 9a.

Bruk av inngripende metoder som påvirker grensen mellom forvaltningssporet og etterforskningsporet

Som del av den offentlige forvaltning møtes FSA uansett i hvilken kapasitet ved inngrep som er av kvalifisert forhold ut fra legalitetsprinsippet (§113) skal hjemles i formell lov.¹³⁴

I alle formål og virksomhet som faller utenom etterforskningsbegrepet, så kan det tas som et utgangspunkt at sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter. Kunne tjene som et organisatorisk adekvat hjemmelsgrunnlag for bruk av inngrepene metoder ovenfor den enkelte.

Den øvre terskel vil her være bruk av inngripende metoder og lignende som f. eks;

- regulert ved forvaltningsrettslige bestemmelser (f. eks monitoring av sambandsmiddel og IKT systemer jf. Forskrift om informasjonssikkerhet kap.11) .
- Betegnes som tvangsmidler og er regulert av straffeprosessloven fjerde del.
- Uregulerte metoder som benyttes i etterforskningsporet.

Det siste kulepunktet er ikke en kontradiksjon i forhold til avsnittet, hvor en formulerte påstand at sikkerhetsloven med forskrifter i formål kunne være et adekvat hjemmelsgrunnlag. Vi må først se til formålet og hensikten bak politiets bruk av slike metoder (f. eks: spaning, infiltrasjon og tegn/symptomer). Bruken av disse metoder er en del av politiets målrettede utøvelse av sine polisære oppgaver (jf. Politiloven §2), både for å avklare hvorvidt det foreligger «rimelig tvil» til å starte en etterforskning (jf. strpl. §224), eller etter formålene som del av en pågående etterforskning (jf.strpl. §226). Til forskjell til andre offentlige myndigheter, grunnet bruken over lang tid av slike metoder og aksepten for bruken av disse kan vurderes ut fra at Politiets adgang har adgang til å benytte slike metoder gjøres ut fra et sedvanerettslig grunnlag og i kraft av sitt maktmonopol jf. Politiloven §1

¹³⁴ (jf. UiO, 2016 - lysbilde nr 7)

At FSA er avskåret i fredstid fra bruk av slike metoder, følger av både av en avgrensning ut fra Lex superior prinsippet. Ved at det mest sannsynlig eksisterer her en sevanerettslig skranke som gjør at FSA ikke har et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag av høyere trinnhøyde, for å kunne ta i bruk slike metoder.

Videre vil det være motstrid mellom kompetanse og formålsgrunnlaget mellom politiet og FSA som tilsier at av hensyn til legalitetsprinsippet (jf. Grl §113), dersom et organ utenfor politiet skal ha adgang til å benytte slike metoder som er reelt en inngripen i personlige rettsfære av et kvalifisert forhold, må hjemmelen lovfestes både for å angi kompetanse og for å gi innbyggerne forutsigbarhet i rettstilstanden.

I tillegg til selve metoden så vil betydning av den bruken av innhentet informasjon man ha gjort med metoden, bestemme grensen mellom f. eks et forvaltningsspor eller etterforskningsspor. Hvorvidt det foreligger en etterforskning eller ikke jf. strpl. § 226.¹³⁵ Justisdepartementet har lagt til grunn som en sikringsregel at ved innhenting av informasjon uansett formål hvis en av følgende to tilstander er tilstede at «*mulige utfall er at informasjonen kan komme til å bli brukt som ledd i strafforfølgning*» og / eller der en «*anvender tvangsmidler for å skaffe til veie informasjon som gjør det mulig å avverge eller straffeforfølge handlingen*» er den nedre terskel for når f.eks. strpl. § 226, 1.ledd, bokstav c. er overskredet (jf. Justisdepartementet, 2005, p. 43 - første avsnitt).

¹³⁵ Utdrag fra Ot.Prp.nr. 60 (2004-2005) s.43, første avsnitt:

«Riksadvokaten legger i sitt rundskriv nr. 3/1999 til grunn at det er å anse som etterforskning når politiet innhenter informasjon og ett av flere mulige utfall er at informasjonen kan komme til å bli brukt som ledd i strafforfølgning. Det betyr at politiet bedriver etterforskning når det foreligger konkrete opplysninger om at en alvorlig straffbar handling (for eksempel en terrorhandling) planlegges utført, og politiet anvender tvangsmidler for å skaffe til veie informasjon som gjør det mulig å avverge eller straffeforfølge handlingen.» (Justisdepartementet, 2005, p. 43 - første avsnitt)

LITTERATURLISTE

- 22.juli-utvalget. (2012). *NOU 2012: 14 - Rapport fra 22. juli-kommisjonen*. Retrieved from <https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/nou-2012-14/id697260/>.
- Adler, A. B., & Britt, T. W. (2003). *The Psychology of the peacekeeper : lessons from the field*. Westport, Conn: Praeger.
- Alnes, J. H., & Tønnessen, S. (2015a, 2015-05-12). Falsifikasjon: vitenskapsteori. Retrieved from <https://snl.no/falsifikasjon - vitenskapsteori>
- Alnes, J. H., & Tønnessen, S. (2015b). Hypotetisk Deduktiv Metode. Retrieved from <https://snl.no/hypotetisk-deduktiv metode>
- Andenæs, J. (2004). *Alminnelig strafferett (5.versjon)* (5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. ed.). Oslo: Universitetsforl.
- Andenæs, J., & Fliflet, A. (2006). *Statsforfatningen i Norge* (10. utg. ed.). Oslo: Universitetsforl.
- Andenæs, J., & Myhrer, T.-G. (2009). *Norsk straffeprosess* (4. utg. ved Tor-Geir Myhrer. ed.). Oslo: Universitetsforl.
- Andenæs, M. H. (1997). *Rettskildelære*. Oslo: M.H. Andenæs.
- Auglend, R. L. (2015). Fordelingen av ansvar og myndighet mellom politi og forsvar ved indre beredskap. *Tidsskrift for strafferett*, 15(03), 316-347.
- Auglend, R. L., Mæland, H. J., & Røsandhaug, K. (1998). *Politirett*. Oslo: Ad notam Gyldendal.
- Aukrust, M. (2014, 22. september 2014). De hemmelige tjenester. *Store Norske Leksikon*. Retrieved from <https://snl.no/de hemmelige tjenester>
- Aulstad, J. G. (2008). Ny Høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (Rt-2008-560). *Jussens Venner 2008 s. 262 - (JV-2008-262)*.
- Balko, R. (2013). *Rise of the warrior cop : the militarization of America's police forces*. New York, NY: Public Affairs.
- Berg, J. P. (2001). Verneplikt: for folket, ikke mot folket. *Kritisk Juss 2001 s 103-148 - ()*.
- Berg, O. T., & UIO. (2015, 2015, 1. desember). Maktfordelingsprinsippet. Retrieved from <https://snl.no/maktfordelingsprinsippet>
- Bernt, J. F. (1978). Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn - Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse. *Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s 241-348 - (TFR-1978-241)*.
- Bernt, J. F. (2009). Det juridiske fortolkningsfellesskap som referanseramme for avgjørelse av juridiske tvilsspørsmål *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag 2009 s. 31-43 - (FEST-2009-hj-31)*: Cappelen Akademisk Forlag.
- Bjerknes, O. T., & Johansen, A. K. H. (2009). *Etterforskningsmetoder : en innføring*. Bergen: Fagbokforl.
- Bjørgero, T., Barrio Romero, F. d., Kwanten, C., Mawby, R., Pagon, M., Jaschke, H.-G., & European police, c. (2007). *Perspectives of police science in Europe : final report : Project grup on a European approach to police science (PGEAPS)*
- Boe, E. (1978). Ulovlige hensyn i forvaltningsretten. *Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s 349-401 - (TFR-1978-349)*.
- Boe, E. (1981). Hvor fritt er det frie forvaltningskjønnet? - ().
- Boe, E. (2006). Utviklingen mot skjerpet kontroll med forvaltningens lovanvendelse : sett med en nordmanns øyne (pp. 197-221). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.
- Boe, E. (2012). *Rettskildelære under debatt*. Oslo: Universitetsforl.
- Bratholm, A. (1972). Politiet og legalitetsprinsippet *Jussens Venner 1972 s 1-25 - (JV-1972-1) og i Festskrift til Stephan Hurwitz 1971 s. 87 - (FEST-1971-sh-87)*: Universitetsforlaget.
- Bratholm, A. (1992). *Ny straffelov - alminnelige bestemmelser : Straffelovkommisjonens delutredning V* (Vol. 1992:23). Oslo: Statens forvaltningstjeneste, Seksjon statens trykning.
- Bruce, I. (2009). Hvis juss er politikk, hva er Kritisk Juss? *Kritisk juss*, 35(02), 115-119.
- Busch, T.-A. (2010). Reaktiv kriminalitetsbekjempelse i 2020. *Tidsskrift for strafferett*, 10(04), 346-356.

- Case of Al-SKEINI and OTHERS v. THE UNITED KINGDOM (Norsk sammendrag) (Menneskerettsdomstolen - Domstol (Storkammer) - Dom 2011).
- Case of Hugh Jordan v. THE UNITED KINGDOM, No. 24746/94, HUDOC (European Court of Human Rights (ECHR) 2001).
- Case of JALLOH v. GERMANY (Norsk sammendrag) (Menneskerettsdomstolen - Domstol (Storkammer) - Dom 2006).
- Case of JALOUD v. THE NETHERLANDS (Norsk sammendrag) (Menneskerettsdomstolen - Domstol (Storkammer) - Dom 2008).
- Case of O'HALLORAN and FRANCIS v. THE UNITED KINGDOM (Norsk sammendrag) (Menneskerettsdomstolen - Domstol (Storkammer) - Dom 2007).
- Case of RAMSAHAI AND OTHERS v. THE NETHERLANDS (Norsk sammendrag) (Menneskerettsdomstolen - Domstol (Storkammer) - Dom 2007).
- Case of SAUNDERS v. THE UNITED KINGDOM (Norsk sammendrag) (Menneskerettsdomstolen - Domstol (Storkammer) - Dom 1996).
- Castberg, F. (1964). *Norges statsforfatning 2* (3. utg. ed. Vol. 2). Oslo: Universitetsforl.
- Christie, N. (1982). *Hvor tett et samfunn?* (2. rev. utg. ed.). Oslo: Universitetsforl.
- Easton, M., Den Boer, M., Janssens, J., Vander Beken, T., & Moelker, R. (2010). *Blurring Military and Police Roles*: Eleven International Publishing.
- Eckhoff, T. (1963). Legalitetsprinsippet. *Tidsskrift for rettsvitenskap 1963 s. 225-285* - (TFR-1963-225).
- Eckhoff, T. (2001). *Rettskildelære* (5. utg. [redigert av] Jan E. Helgesen. ed.). Oslo: Universitetsforl.
- Eckhoff, T., & Smith, E. (1997). *Forvaltningsrett* (6. utg. rev. av Eivind Smith. ed.). Oslo: Tano Aschehoug.
- Eckhoff, T., & Smith, E. (2010). *Forvaltningsrett* (9. utg. ved Eivind Smith. ed.). Oslo: Universitetsforl.
- Eftestøl-Wilhelmsson, E. (2006). Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn. *Lov og Rett 2006 s 83-97* - (LOR-2006-83).
- Ekanger, K. (1981). *Politiets rolle i samfunnet : delutredning I* (Vol. NOU 1981:35). Oslo: Universitetsforlaget.
- EOS-utvalget. (2017a). EOS-utvalgets historikk. Retrieved from https://eos-utvalget.no/norsk/tjenester/om_eos_utvalget/historikk/
- EOS-utvalget. (2017b). Kontrollområdet. Retrieved from https://eos-utvalget.no/norsk/tjenester/hva_kontrollerer_eos_utvalget/_kontrollområdet/
- Eskeland, S. (2007). Justismord - språk og realiteter. *Lov og Rett 2007 s. 437-440* - (LOR-2007-437).
- EU-kommisjonen. (2017). Reform of EU data protection rules. Retrieved from http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm
- Filstad, C. (2010). *Organisasjonslæring : fra kunnskap til kompetanse*. Bergen: Fagbokforl.
- Fliiflet, A. (2005). *Kongeriket Norges grunnlov : grunnloven med kommentarer*. Oslo: Universitetsforl.
- Flydal, E. F. (2010, 14. APRIL 2010). Hemmelig rapport foreslo militær overvåking av telefon og epost. Retrieved from <http://www.dagbladet.no/nyheter/hemmelig-rapport-foreslo-militaer-overvaking-av-telefon-og-epost/65069262>
- Forskrift om ansiennitet og kommandomyndighet for befal i Forsvaret, Forsvarsdepartementet (1957).
- Forskrift om utøvelse av politimyndighet i det militære forsvar, Forsvarsdepartementet.
- Forsvarsdepartementet. (1997). *Ot.prp.nr.49 (1996-1997) Om lov om forebyggende sikkerhetstjeneste (sikkerhetsloven)*. Retrieved from <https://lovdata.no/pro/PROP/forarbeid/otprp-49-199697>.
- Forsvarsdepartementet. (2015). *Prop.86 L (2014-2015) Midlertidig lov om beskyttelse av og kontroll med geografisk informasjon av hensyn til rikets sikkerhet*. Retrieved from <https://lovdata.no/pro/PROP/forarbeid/prop-86-l-201415>.
- Forvaltningsdatabasen. (2003a). Forsvarets sikkerhetsavdeling. Retrieved from <http://www.nsd.uib.no/polsys/data/forvaltning/enhet/57001>
- Forvaltningsdatabasen. (2003b). Nasjonal sikkerhetsmyndighet. Retrieved from <http://www.nsd.uib.no/polsys/data/forvaltning/enhet/5814>
- Fridheim, H., & Hagen, J. M. (2007). *Beskyttelse av samfunnet 5: Sårbarhet i kritiske IKT-systemer : sluttrapport*. Kjeller: FFI.

- Frostad, M. (2009). Regjeringens bruk av militær makt mot borgerne - Grunnloven § 99 annet ledd *Retts hjelp fra kyst til vidde - Festskrift til jusshjelpa i Nord-Norge 20 år 2009 s. 148 - (FEST-2009-uit-148)*: Gyldendal Akademisk.
- Frølich, P. C. (2012). *Grunnlovens grenser for bruk av militær makt mot "Statens Medlemmer" i fredstid* f. Universitetet i Bergen Det juridiske (Ed.)
- Generaladvokaten. (2008). *VEILEDNING FOR MILITÆR INSPEKSJON OG RANSAKING* Oslo Retrieved from http://generaladvokaten.no/dokumenter/lenker_1/content_2/filelist_eba384ff-2732-4a9d-827f-c2029dfd1bf0/1380821340759/2008_0082_2_veiledning_for_milit_r_inspeksjon_og_ransaking.pdf.
- Generaladvokaten. (2011). *Nyere praksis fra EMD mv. med relevans for etterforskning av påståtte overgrep fra norske soldater side*. (0594/2011/GA/AWD/901). Oslo: Generaladvokaten Retrieved from http://generaladvokaten.no/dokumenter/lenker_1/content_2/filelist_eba384ff-2732-4a9d-827f-c2029dfd1bf0/1380821414015/2011_0594_nyere_praksis_ved_emd_mv.pdf.
- Gomez-Arostegui, H. T. (2004). *Defining "Private Life" Under Article 8 of the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations of Privacy and Personal Choice*. (Master i rettsvitenskap), Universitetet i Oslo, Oslo. Retrieved from <http://urn.nb.no/URN:NBN:no-35853> DUO.uio.no database.
- Gottschalk, P., & Løv Hansen, M. (2011). *Etterrettingsprosessen : fra strategi til implementering*. Oslo: Unipub.
- Graver, H. P. (1994). Hva er rettsvitenskap? *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1994 s 561-583 - (TFR-1994-561).
- Graver, H. P. (2007). *Alminnelig forvaltningsrett* (3. utg. ed.). Oslo: Universitetsforl.
- Graver, H. P. (2008a). Forholdsmessighet og myndighetsmisbruk i forvaltningsretten. *Jussens Venner* 2008 s 384-385 - (JV-2008-384).
- Graver, H. P. (2008b). Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 121(02), 149-178.
- Graver, H. P. (2011). Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi. *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2011 s 230-249 - (TFR-2011-230).
- Grunnlovsforslag 30 (2011-2012), Dok.nr.12:30 (2011-2012) Grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter*. (2012). Retrieved from <https://lovdata.no/pro/GLFOR/forarbeid/dok12-30-201112>.
- Grønmo, S. (2004). *Samfunnsvitenskapelige metoder*. Bergen: Fagbokforl.
- Gundhus, H. I., Hellesø-Knutsen, K., & Wathne, C. T. (2010). *Politivitenskap på egne ben? : en essaysamling* PHS forskning (online), Vol. 2010:1.
- Gundhus, H. O., Larsson, P., & Myhrer, T. G. (2007). Polisier virksomhet : hva er det - hvem gjør det? : Forskningskonferansen 2007: Politihøgskolen.
- Hansen, E. (2010). *Rekkevidden av myndighetenes etterforskningsplikt ved drap eller mistanke om drap : jf EMK artikkel 2 jf artikkel 1* f. Universitetet i Bergen Det juridiske (Ed.)
- Heitmann, E. W. R. (2011). *Legalitetsprinsippet og politiretten : særlig med tanke på provokasjon*. (Master i rettsvitenskap), E.W.R. Heitmann, Bergen. Retrieved from <https://bora.uib.no/handle/1956/5415>
- Hoel, K. U. (2016). *Politiloven § 27 a: Grensene for maktbruk ved Forsvarets bistand til politiet*. (Master i rettsvitenskap Master), Universitet i Oslo, Oslo. Retrieved from <http://hdl.handle.net/10852/50959>
- Hov, J. (1999). *Rettergang : 2 : Straffeprosess* (Vol. 2). Oslo: Papinian.
- HR-2010-902-A - Rt-2010-612 (Norges Høyesterett - Dom. 2010).
- HR-2012-2398-P - Rt-2012-1985 (Norges Høyesterett - Dom. 2012).
- Huntington, S. P. (1957). *The soldier and the state : the theory and politics of civil-military relations*. Cambridge: Belknap.
- Høgetveit, E. (2002). *Ny straffelov : Straffelovkommisjonens delutredning VII : oppnevnt ved kongelig resolusjon 26. september 1980 : utredningen ble avgitt til Justis- og politidepartementet 4. mars 2002* Norges offentlige utredninger (tidsskrift : online), Vol. NOU 2002: 4. p. Norge Justis- og (Ed.)

- Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.* (2014). Retrieved from <https://lovdata.no/pro/INNST/forarbeid/inns-186-s-201314>.
- Innst.263 S (2014-2015) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, romertall X (forbud mot dobbeltstraff) og romertall XXIV (domstolenes prøvingsrett).* (2015). Retrieved from <https://lovdata.no/pro/INNST/forarbeid/inns-263-s-201415>.
- Instruks for behandling av dokumenter som av sikkerhetsmessige grunner må beskyttes (Sikkerhetsinstruksen), Forsvarsdepartementet (1972).
- Instruks om sikkerhetstjeneste i Forsvaret, Forsvarsdepartementet, FOR-2010-04-29-695 Stat. (Lovdata 2010).
- Janowitz, M. (1960). *The professional soldier : a social and political portrait*. New York: Free Press of Glencoe.
- Jason-Lloyd, L. (2003). *Quasi-policing*. London: Cavendish Publ.
- Johansen, P. A. F., Andreas Bakke. (2014). Stortinget og statsministeren overvåkes. Retrieved from <http://mm.aftenposten.no/stortinget-og-statsministeren-overvakes/>
- Justisdepartementet. (1998). *Ot.prp.nr.8 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv (inndragning av utbytte)*. Retrieved from <https://lovdata.no/pro/PROP/forarbeid/otprp-8-199899>.
- Justisdepartementet. (2005). *Ot.prp.nr.60 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)*. Retrieved from <https://lovdata.no/pro/PROP/forarbeid/otprp-60-200405>.
- Kjellstad, K. M. (2012). *Hva er de grunnleggende utfordringene for politiet i Liberia? Sett fra det lokale politiets perspektiv*. (Master Master dissertation), Høgskolen i Oslo og Akershus, Oslo. Retrieved from https://oda.hio.no/jspui/bitstream/10642/2085/2/Kjellstad_KariMarie.pdf
- Knoph, R., Lilleholt, K., & Andenæs, J. (2014). *Knophs oversikt over Norges rett* (14. utg. utgitt av Kåre Lilleholt ; medarbeidere: Johs. Andenæs ... [et al.]. ed.). Oslo: Universitetsforl.
- Kuhn, T. S. (1970). *The structure of scientific revolutions* (2nd ed., enl. ed. Vol. 2.2). Chicago: University of Chicago Press.
- Kvale, S., & Brinkmann, S. (2009). *Det kvalitative forskningsintervju* (2. utg. ed.). Oslo: Gyldendal akademisk.
- Kåsa, W. M. (2004). *Politiets skjønnsmyndighet på etterforsknings- og påtalestadiet : En fremstilling av de rettslige rammene for avgjørelsen av påtalespørsmålet, og andre avgjørelser som har innvirkning på saksgange*. (Master i rettsvitenskap), Universitet i Oslo, duo.uio.no. Retrieved from <http://urn.nb.no/URN:NBN:no-36225> (22686)
- Lade, H. P. (2016). Med våpen på hofta: En kvalitativ studie av politibetjentes håndtering av publikum under den midlertidige bevæpningen. In G. Aas & J. Strype (Eds.): Politihøgskolen.
- Lars Finholt, J. (2007). «Bergenskolen»: Nye perspektiver på den rettslige metodes normative grunnlag. *Jussens Venner*, 42(02), 108-122.
- Larsson, P., & Gundhus, H. I. (2007). Policing i et norsk perspektiv (pp. s. 11-30). Oslo: Politihøgskolen, c2007.
- Larsson, P., Gundhus, H. I., & Granér, R. (2014). *Innføring i politivitenskap*. Oslo: Cappelen Damm akademisk.
- Lov om forebyggende sikkerhetstjeneste (sikkerhetsloven), Forsvarsdepartementet (1998).
- Løwer, E. (2013). Kontrollen med de hemmelige tjenestene – det demokratiske dilemma, hvem skal vokte vokterne? Retrieved from http://www.oslomilsamfund.no/oms_arkiv/2013/2013-10-28-L%C3%B8wer.html
- Melby, R. (2016). Bruk av sikkerhetssamtalen som metode ved et utvalg klareringsmyndigheter. In T. Myklebust (Ed.): Politihøgskolen.

- Meld.St.7 (2010-2011) *Kampen mot organisert kriminalitet - en felles innsats (Meld.St.7 (2010-2011), Innst.300 S (2010-2011))*. (2011). Justis- og politidepartementet Retrieved from <https://lovdata.no/pro/STS/forarbeid/stsg-201011-211>.
- Myhrer, T.-G. (2001). Etterforskningsbegrepet. *Tidsskrift for strafferett 2001 s 6-30 - (TFST-2001-6)*.
- Myhrer, T. G. (2013). 201303854/HØRINGSSVAR: NY LOV OM FORSVARETS ANSVAR FOR Å AVVERGE LUFTBÅRNE TERRORANSLAG OG FORSVARETS BISTAND TIL POLITIET. (201303854). Oslo: Politihøgskolen Retrieved from http://www.phs.no/Documents/1_Om%20PHS/H%C3%B8rings svar/Ny%20lov%20om%20Forsvarets%20ansvar%20for%20a%20avverge%20luftbarne%20terroranslag%20og%20Forsvarets%20bistand%20til%20Politiet.pdf.
- Myhrer, T. G. (2015). Kvalitet i etterforskningen: Særlig om påtaleansvarliges rolle og betydning: Delrapport i «Etterforskningsprosjektet»: Politihøgskolen.
- Mæhle, S. S. (2004). Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene? *Jussens venner 2004 s. 329-342 - (JV-2004-329)*.
- Mæhle, S. S. (2015). Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk - i lys av grunnleggende forskningsverdier. *Tidsskrift for rettsvitenskap 2015 s. 125-157 - (TFR-2015-125)*.
- Mæland, K. (2009). Avlytting av regjeringen henlegges. Retrieved from <http://www.nettavisen.no/nyheter/innenriks/avlytting-av-regjeringen-henlegges/2778875.html>
- NATO. (2013). AAP-6 - NATO Glossary of terms and definitions. NATO Standardization Agency (NSA) Retrieved from <http://nsa.nato.int/nsa/zPublic/ap/aap6/AAP-6.pdf>
<http://www.dtic.mil/doctrine/doctrine/other/aap6.pdf>.
- NATO. (2014, 22 Aug. 2014 11:07). Consensus decision-making at NATO: A fundamental principle. Retrieved from http://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49178.htm
- Newburn, T. (2005). *Policing : key readings*. Cullompton: Willan Publ.
- NIFU. (2004). *Utdrag fra OECDs "Frascati Manual" i norsk oversettelse*. Oslo: Norsk institutt for studier av forskning og utdanning.
- Nordbø, B. (2012, 2012-11-28). Subversjon. Retrieved from <https://snl.no/subversjon>
- Nordenhaug, I., & Engene, J. O. (2008). *Norge i kamp mot terrorisme*. Oslo: Universitetsforl.
- NOU 1997:15 *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet Delutredning II*. (1997). Retrieved from <https://lovdata.no/pro/NOU/forarbeid/nou-1997-15>.
- NOU 2003:18 *Rikets sikkerhet Straffelovkommisjonens delutredning VIII*. (2003). Retrieved from <https://lovdata.no/pro/NOU/forarbeid/nou-2003-18>.
- NOU 2004:6 *Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed*. (2004). Retrieved from <https://lovdata.no/pro/NOU/forarbeid/nou-2004-6>.
- NOU 2009:15 *Skjult informasjon - åpen kontroll*. (9788258310263). (2009). Oslo: Departementenes servicesenter, Informasjonsforvaltning.
- NOU 2009: 1, *Individ og integritet - Personvern i det digitale samfunnet*. (2009). Retrieved from <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/nouer/2009/nou-2009-1.html?id=542049>.
- NOU. (2002). *Samfunnssikkerhet : veien til et mindre sårbart samfunn* (Vol. nr. 17 (2001-2002)). Oslo: Departementet.
- NSM, P. P. (2015). *En veiledning i sikrings- og beredskapstiltak mot tilsiktede uønskede handlinger* Internett: Nasjonal sikkerhetsmyndighet, Politidirektoratet, og Politiets sikkerhetstjeneste Retrieved from http://www.pst.no/media/80936/Veileder_terrorsikring.pdf.
- NTB. (2010). Ny instruks for sikkerhetstjenesten i Forsvaret. Retrieved from <http://www.dagbladet.no/nyheter/ny-instruks-for-sikkerhetstjenesten-i-forsvaret/65080835>
- Politidirektoratet. (2008). *Politiet mot 2020 : bemannings- og kompetansebehov i politiet* (Vol. 2008/07). Oslo: Politidirektoratet.
- Politidirektoratet. (2014). Etterretningsdoktrine for politiet. Retrieved from https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politidirektoratet/Vedlegg_2722.pdf
- Politihøgskolen. (2015). *Forskningsetisk veileder for Politihøgskolen*. Retrieved from http://www.phs.no/Documents/4_Forskning/Forskningsetisk%20veileder%20PHS.pdf
- Prop.116 L (2016-2017) *Lov om informasjon om bestemt angitte områder, skjermingsverdige objekter og bunnforhold*. (2017). Retrieved from <https://lovdata.no/pro/PROP/forarbeid/prop-116-l-201617>.
- Reiner, R. (2010). *The politics of the police*. Oxford: Oxford University Press.

- Riksadvokaten. (1999). *Rundskriv nr.3 / 99 "Etterforskning"*. Riksadvokaten - Rundskriv Retrieved from <https://lovdata.no/pro/RA/avgjorelse/ra-1999-3>.
- Riksadvokaten. (2005). *RA-2005-113*. Riksadvokaten - Retningslinjer Retrieved from <https://lovdata.no/pro/RA/avgjorelse/ra-2005-113>.
- Riksadvokaten. (2009). *RA-2009-1*. Riksadvokaten - Rundskriv Retrieved from <https://lovdata.no/pro/RA/avgjorelse/ra-2009-1>.
- Riksadvokaten. (2013). *RA-2013-1*. Riksadvokaten - Rundskriv Retrieved from <https://lovdata.no/pro/RA/avgjorelse/ra-2013-1>.
- Rt-1952-1217 (Høyesterett - dom 1952).
- Rui, J. P. (2011). Politiets behov for støtte fra forsvaret: Lovgivning er nødvendig. *Lov og Rett 2011 s. 445-446 - (LOR-2011-445)*.
- Ruud, M., Ulfstein, G., & Fauchald, O. K. (1997). *Utvalgte emner i folkerett : metode, miljø, havrett, handel*. Oslo: Tano Aschehoug.
- Smith, C. (1984). Militære maktmidler overfor norske borgere *Rett og rettssal: Festskrift til Rolv Ryssdal 1984 s 453-471 - (FEST-1984-rr-453)*: Aschehoug.
- Smith, E. (2012). *Konstitusjonelt demokrati : statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys* (2. utg. ed.). Bergen: Fagbokforl.
- Spurkeland, K. (2013, 11.oktober 2013). Skal Forsvaret brukes mot demonstranter? *Aftenposten* Retrieved from <http://www.aftenposten.no/meninger/kronikk/Skal-Forsvaret-brukes-mot-demonstranter-106548b.html>
- statsadvokatembedet, D. n. (2009). *Beslutning om henleggelse av straffesak mot FOST - Intet straffbare forhold bevist*. Oslo Retrieved from https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/kripos/Vedlegg_555.pdf.
- Stavang, P. (2002). *Parlamentarisme og folkestyre : utvalde statsrettslege emne* (4. utg. ed.). Bergen: Fagbokforl.
- Stortinget. (1995/1996). *Dokument nr. 15 (1995-1996) Lund-rapporten*. Oslo: Stortinget Retrieved from <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Dokumentserien/1995-1996/Dok15-199596/>.
- Stortinget. (2011). *Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*. Retrieved from <https://lovdata.no/pro/SDOK/forarbeid/dok16-201112>.
- Strandbakken, A. (2004). Grunnlovens §96. *Jussens Venner*, 39(3-4), 166-215.
- Stub, M. (2011). *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet : undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*. Oslo: Universitetsforl.
- Synstnes, H. M. (2015). *Den innerste sirkel : den militære sikkerhetstjenesten 1945-2002*. (Phd History), Institutt for arkeologi, konservering og historie, Det humanistiske fakultet, Universitetet i Oslo, Oslo. Retrieved from <http://www.hf.uio.no/iakh/forskning/aktuelt/arrangementer/disputaser/2015/synstnes.html>
- Synstnes, H. M. (2016). *Den innerste sirkel : den militære sikkerhetstjenesten 1945-2002*. Oslo: Dreyer.
- Tande, K. M. (2011). Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen. *Jussens Venner*, 46(01), 1-36
- ER.
- Traavik-utvalget. (2016). *NOU 2016:19 Samhandling for sikkerhet*. (978-82-583-1295-3). Oslo: Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon, Informasjonsforvaltning.
- UiO. (2016). undervisningsmateriale-forvaltningsrett III. LOVSKRAVET. Retrieved from http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS2211/v16/undervisningsmateriale-forvaltningsrett/lovskrav_lysakr.pdf
- Katz v. United States - 389 U.S. 347 (1967).
- Von Clausewitz, C., Howard, M., Howard, M. E., & Paret, P. (1976). *On War*: Princeton University Press.
- Wikipedia. (2016a, 2016-06-03). FOST-saken. Retrieved from <https://no.wikipedia.org/wiki/FOST-saken>
- Wikipedia. (2016b, 2016-11-22). Norwegian Defence Security Department. Retrieved from https://en.wikipedia.org/wiki/Norwegian_Defence_Security_Department
- You have enemies? Good. by Winston Churchill. (2017). Retrieved from <http://www.quotes-day.com/quote/you-enemies-good-means-stood-109>
- Østby, L. (2009, 01.04.2009). Gransker hemmelig sikkerhetstjeneste, Internett TV2. Retrieved from <http://www.tv2.no/a/2657931/>